

المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

أستاذ الشريعة الإسلامية ورئيس قسمها في كلية الحقوق بجامعة بغداد سابقاً
أستاذ الشريعة ورئيس قسم الدين بكلية الآداب بجامعة بغداد سابقاً
أستاذ الشريعة بكلية الدراسات الإسلامية وعميدها سابقاً

أستاذ متمرس بجامعة بغداد

الجزء التاسع

مؤسسة الرسالة

الطبعة الأولى
١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

مؤسسة الرسالة
للطباعة والنشر والتوزيع

مؤسسة الرسالة - بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ - ص.ب ٧٤٦٠ برقيا: بيوشران

المفصل

في

أحكام المرأة والبيت المسلم

في الشريعة الإسلامية

٩

بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الثالث عشر
التفريق لعدم الكفاءة

٨٩٠٦ - تمهيد

ذكرنا فيما سبق معنى الكفاءة - كفاءة الزوج لزوجته - وأنها من شروط لزوم عقد النكاح، وأن بعض الفقهاء جعلها من شروط صحة النكاح يصير عقد النكاح بفواتها فاسداً، وأن فريقاً من الفقهاء ذهب إلى عدم اعتبار الكفاءة أصلاً لا لصحة عقد النكاح ولا للزومه، وبيّنا أدلة الأقوال والراجح منها. ونريد أن نبين في هذا الفصل أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين لعدم الكفاءة، سواء قلنا إنها من شروط صحة عقد النكاح أو من شروط لزومه، مع بيان ما يشترط لإيقاع الفرقة بسبب فوات شرط الكفاءة.

٨٩٠٧ - أولاً: مذهب الحنفية:

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء، جاز لوليّها حقّ الاعتراض على زواجها وطلب فسخه؛ لأن الكفاءة حقّ لها ولوليّها، فإذا أسقطت حقّها في الكفاءة لم يسقط حقّ الوليّ فيها، وبالتالي يبقى له حقّ الاعتراض، وطلب فسخ النكاح. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - أنه لا يجوز نكاحها. ومعنى ذلك أن الكفاءة من شروط صحة النكاح وأن فواتها يجعل النكاح فاسداً، والنكاح الفاسد يجب فسخه، ويعلّل صاحب العناية هذا القول المروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف بقوله: «قال شمس الأئمة، وهذا - أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف - أقرب إلى الاحتياط، فليس كل وليّ يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاضٍ يعدل»(١٠٨٤٥).

٨٩٠٨ - تزويج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء:

إذا زوّجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء سقط حقّها في الكفاءة كما قلنا، فإذا رضي أولياؤها بهذا النكاح سقط حقّهم في الاعتراض وصار عقد النكاح لازماً. ولو رضي بعض الأولياء

(١٠٨٤٥) «الهداية، والعناية على الهداية» ج٢، ص٣٩١-٣-٣٩، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٣٨٣.

سقط حقّ الباقين في الاعتراض في قول أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف لا يسقط.

(وجه) قول أبي يوسف، أن حقّهم في الكفاءة ثبت مشتركاً بين الكل، فإذا رضي به أحدهم أو بعضهم، فقد أسقط حقّ نفسه فلا يسقط حقّ الباقين؛ ولأن رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها، وهي لو رضيت بغير الكفؤ من غير رضا الأولياء لم يسقط حقّهم برضاها، فلئن لا يسقط برضا أحدهم أولى.

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد، أن هذا حقّ واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة، وإسقاط بعض مالا يتجزأ إسقاط لكله؛ لأنه لا بعض له، فإذا أسقط واحد منهم حقّه في الكفاءة، فلا يتصور بقاء هذا الحقّ بالنسبة للباقين، كالقصاص إذا وجب لجماعة فعفا أحدهم عنه أنه يسقط حقّ الباقين كذا هذا. وأيضاً فإن حقّهم في الكفاءة ما ثبت لعينه، بل لدفع الضرر. والتزويج من غير كفء وقع إضراراً بالأولياء من حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة، فالظاهر أنه لا يرضى به أحدهم إلا بعد علمه بمصلحة حقيقية هي أعظم من مصلحة الكفاءة علمها هو وغفل عنها الباقون، ولولاها لما رضي، وهي دفع ضرر الوقوع في الزنى على تقدير الفسخ. أما القول بأن حقّ الاعتراض ثبت مشتركاً بين الأولياء فإذا أسقط أحدهم حقّه بقي حقّ الآخرين، فيرد عليه بأن هذا غير صحيح والصحيح أنه ثبت لكل واحد منهم حقّ الاعتراض على وجه الكمال كأن ليس معه أحد؛ لأن مالا يتجزأ لا يتصور فيه الشركة كحقّ القصاص والأمان بخلاف الدين في الذمة، فإنه يتجزأ فتتصور فيه الشركة، وبخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفء بغير رضا الأولياء؛ لأن هناك الحقّ متعدد فحقّها خلاف جنس حقّهم؛ لأن حقّها في نفسها وفي نفس العقد، ولا حقّ لهم في نفسها ولا في نفس العقد، وإنما حقّهم في دفع الشين عن أنفسهم، وإذا اختلف جنس الحقّ فسقوط أحدهم لا يستوجب سقوط الآخر[١٠٨٤٦].

٨٩٠٩ ـ إذا زوّجها أحد الأولياء برضاها من غير كفء:

ولو زوّجها أحد الأولياء برضاها من غير كفء صحّ النكاح ولزم وإن لم يرضَ الأولياء الباقون؛ لأن لكل واحد منهم ولاية إنكاح مستقلة، وأن لكل واحد منهم حقّ الاعتراض على الكمال، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يلزم النكاح، والتعليل للقولين هو ما ذكرناه[١٠٨٤٧].

(١٠٨٤٦) «البدائع» ج٢، ص٣١٨.

(١٠٨٤٧) «البدائع» ج٢، ص٣١٨.

٨٩١٠ - **تزويج الصغار من غير كفء:**

وفي تزويج الصغير والصغيرة قال الحنفية: إذا زوج الأب أو الجدّ الصغيرة أو الصغير، فالتزويج صحيح ولازم ولو من غير كفء، ويعلّلون ذلك بأن الأب والجدّ موفورا الشفقة، وأنهما ما رضيا بغير الكفء إلا لما رأياه من مصلحة حقيقية في هذا الزواج؛ لأن وراء الكفاءة وخصالها الظاهرة معاني معينة يحرص عليها الأب والجدّ ويفضلانها على معاني الكفاءة الظاهرة، من ذلك كون الزوج حسن الأخلاق لطيف المعشر كريماً سمحاً واسع الصدر يترفق بالمرأة ويسعها حلمه وخلقه إذا ظهر منها ما يزعج الزوج. وهذا كلّه إذا لم يعرف الأب أو الجدّ بسوء الاختيار مجانة وفسقاً، فإن عرفا بسوء الاختيار مجانة وفسقاً فلا يصح تزويجهما من غير الكفء(١٠٨٤٨).

٨٩١١ - **تزويج الصغار من قبل غير الأب والجد:**

وإذا زوّج الصغيرة والصغير غير الأب والجدّ من الأولياء، فلا يصح النكاح أصلاً من غير الكفء، أما إذا كان الزوج كفؤاً، فالنكاح صحيح ولكنه غير لازم ولهما خيار البلوغ، أي خيار فسخ النكاح عند بلوغهما إذا علما به قبل البلوغ أو بعد علمهما بالنكاح بعد بلوغهما إذا لم يعلما به إلا بعد البلوغ. ويعلّل الحنفية ذلك بأن شفقة غير الأب والجدّ لا تساوي شفقة الأب والجدّ على الصغيرة والصغير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف غير الأب والجد مثل الأب والجدّ في تزويج الصغير والصغيرة من حيث لزوم النكاح، وعدم خيار البلوغ فيه للصغيرين عند بلوغهما(١٠٨٤٩).

٨٩١٢ - **ثانياً: مذهب الشافعية(١٠٨٥٠):**

وعندهم إذا زوّج الوليّ المرأة من غير كفء برضاها، أو زوجها أحد الأولياء المستوين في درجة القرب منها كإخوة أو أعمام برضاها ورضا الباقين ممن في درجته من غير كفء صحّ التزويج؛ لأن الكفاءة حقّها وحقّ الأولياء، فإن رضوا بإسقاط حقّهم فلا اعتراض عليهم. ولو زوّجها الوليّ الأقرب من غير كفء برضاها، فليس للوليّ الأبعد اعتراض إذ لا حقّ له الآن في التزويج، ولو زوجها أحد الأولياء المستوين في درجة القرب منها بغير كفء برضاها دون رضا باقي الأولياء المستوين معه في درجة القرب منها لم يصح التزويج؛ لأن لهم حقّاً في الكفاءة.

(١٠٨٤٨) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٥-٦٧.

(١٠٨٤٩) «المبسوط» ج٤، ص٢٧٥، «الهداية وفتح القدير» ج٢، ص٤٠٧-٤٠٨، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٨-٦٩.

(١٠٨٥٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص١٦٤-١٦٥.

فاعتبر رضاهم كرضا المرأة، وفي قول في مذهب الشافعية يصح النكاح ولهم حق فسخ النكاح.

٨٩١٣ ـ زيادة توضيح لمذهب الشافعية:

ويجري القولان ـ أي عدم صحة الزواج أو صحته مع إعطاء خيار الفسخ لبقية الأولياء على التفصيل الذي ذكرناه ـ في تزويج الأب والجدّ بكراً صغيرة أو بالغة غير كفء بغير رضا البالغة. ففي القول الأظهر في المذهب أن النكاح لا يصح؛ لأنه على خلاف مصلحة المرأة. وفي القول الآخر يصح النكاح وللبالغة الخيار في الحال، وللصغيرة أيضاً الخيار إذا بلغت. ولو طلبت من لا وليّ لها أن يزوجها السلطان أو نائبه ـ القاضي ـ بغير كفء فزوّجها، فالنكاح لا يصح في القول الأصح عندهم.

٨٩١٤ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «فلو زُوِّجت المرأة بغير كفء فلمن لم يرض بالنكاح الفسخ، من المرأة والأولياء جميعهم فوراً وتراخياً، ويملكه الأبعد من الأولياء مع رضا الأقرب منهم ومع رضا الزوجة دفعاً لما يلحقه من لحوق العار. فلو زوّج الأب ابنته بغير كفء برضاها، فللإخوة الفسخ نصاً؛ لأن العار في تزويج من ليس بكفء عليهم أجمعين»[١٠٨٥١].

٨٩١٥ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

قالوا: إن الكفاءة حقّ للمرأة ولوليّها فإذا رضيت المرأة بالزواج من غير كفء ولم يرض الوليّ، فله ولغيره من الأولياء فسخ عقد النكاح ما لم يدخل الزوج بها، فإن دخل بها فلا فسخ. وإن زوجها الوليّ برضاها بغير كفء فالنكاح صحيح لازم؛ لأن الحقّ لهما في الكفاءة، فإذا أسقطا حقهما صح النكاح ولزم[١٠٨٥٢]. ويبدو لي إذا كان هناك أولياء غير هذا الولي الذي زوجها بغير كفء ولم يرضوا بذلك أن لهم حقّ فسخ النكاح.

٨٩١٦ ـ الترافع إلى القاضي لفسخ النكاح:

ولا بدّ من الترافع إلى القاضي لفسخ النكاح وإيقاع الفرقة بين الزوجين لعدم الكفاءة والذي يملك الخصومة في ذلك ويرفع الدعوى إلى القاضي لفسخ النكاح هم محارم الزوجة وعند بعضهم المحارم وغير المحارم حتى تثبت الخصومة لابن عم الزوجة، جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «ولا يكون التفريق لعدم الكفاءة إلا عند القاضي، أما بدون فسخ القاضي فلا

(١٠٨٥١) «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٨.

(١٠٨٥٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٤٩.

يفسخ النكاح بينهما. والذي يلي المرافعة إلى القاضي المحارم عند بعض المشايخ، وعند بعضهم المحارم وغير المحارم في ذلك على السواء حتى تثبت ولاية المرافعة ـ رفع الدعوى ـ لابن العم ومن أشبهه، وهو الصحيح. ولا تثبت هذه الولاية ـ ولاية المرافعة إلى القاضي ـ لذوي الأرحام وإنما تثبت للعصيان»[١٠٨٥٣].

٨٩١٧ ـ التفريق لعدم الكفاءة فسخ لا طلاق:

والتفريق لعدم الكفاءة يعتبر فسخاً لعقد النكاح ولا يعتبر طلاقاً، جاء في «فتح القدير»: «والفرقة لعدم الكفاءة فسخ»[١٠٨٥٤].

(١٠٨٥٣) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٢٩٢.

(١٠٨٥٤) «فتح القدير» ج٢، ص٤٠٨.



الفصل الرابع عشر
التفريق للعيب

٨٩١٨ - تمهيد

قد يكون في الزوج مرض كالجذام، أو علّة تمنعه من الوصول إلى زوجته كالعنّة والجب، وقد يوجد في الزوجة مرض كالجذام أو فيها علّة تمنع الزوج من الوصول إليها كما لو كانت رتقاء أو قرناء، فهل هذه الأمراض والعلل في أحد الزوجين تجيز للآخر طلب التفريق وفسخ النكاح؟ وإذا قلنا بالإيجاب، فهل يجوز ذلك لكل من الزوجين أم هو حق مقصور على الزوجة فقط دون زوجها؟ وإذا جاز للزوجين كليهما أو للزوجة فقط، فمَا هي هذه الأمراض والعلل والتي يسميها الفقهاء (العيوب) التي تجيز طلب التفريق بسببها؟ ثم ما هي شروط وإجراءات التفريق للعيب؟ وما نوع الفرقة التي تقع به؟ وما هي الآثار المترتبة بالنسبة للزوجين؟

٨٩١٩ - منهج البحث:

وفي ضوء ما ذكرته من أمور تتعلق بموضوع هذا الفصل، نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: مدى مشروعية التفريق للعيب.
المبحث الثاني: من يملك التفريق للعيب.
المبحث الثالث: العيوب التي تجيز التفريق، وأقوال الفقهاء فيها.
المبحث الرابع: شروط وإجراءات التفريق للعيب.
المبحث الخامس: آثار التفريق للعيب.

المبحث الأول

مدى مشروعية التفريق للعيب

٨٩٢٠ ـ تعريف العيب:

العيب في اللغة الوصمة والجمع أعياب وعيوب. وعبته وعابه: نسبه إلى العيب أو جعله ذا عيب. وفي القرآن الكريم: ﴿فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ أي أجعلها ذات عيب[١٠٨٥٥].

٨٩٢١ ـ العيب الذي يستوجب التفريق:

والعيب عند الفقهاء الذي يستوجب التفريق ويكون سبباً له هو مالا تستقيم معه الحياة الزوجية كالجنون، أو يسبب ضرراً لا يطاق أو نفرة بين الزوجين كالجذام، أو يمنع وصول الزوج إلى زوجته، سواء كان هذا المانع من الزوج كالعنّة، أو كان هذا المانع من الزوجة كالرتق والقرن. وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: العيوب التي يثبت فيها خيار الفسخ هي التي تمنع الوطء كالجبّ والعنّة، أو توجب نفرة تمنع قربان أحدهما من الآخر، أو يخاف منها العدوى كالجذام، أو يخاف منها الجناية كالجنون[١٠٨٥٦].

٨٩٢٢ ـ هل يجوز التفريق للعيب؟

اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين للعيب، على قولين:

القول الأول: لا يجوز التفريق للعيب.

القول الثاني: يجوز التفريق للعيب.

٨٩٢٣ ـ القول الأول: لا يجوز التفريق للعيب:

وهذا قول الظاهرية كما جاء في «المحلى» لابن حزم الظاهري، فقد قال رحمه الله تعالى:

(١٠٨٥٥) «لسان العرب» ج٢، ص١٢٤ـ١٢٥.

(١٠٨٥٦) «المغني» ج٦، ص٦٥٠ـ٦٥١.

«لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك ولا بعنانة، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب»[١٠٨٥٧].

وهذا قول عمر بن عبد العزيز - رحمه الله تعالى - فقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد: «اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين. . وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الردّ والإمساك، وهو قول عمر بن عبد العزيز»[١٠٨٥٨].

وهذا قول الفقيه الشوكاني - رحمه الله تعالى - بحجة ضعف أدلة القائلين بالتفريق للعيب، فقد قال: «ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ فسخ النكاح للعيب بالمعنى المذكور عند الفقهاء»[١٠٨٥٩].

٨٩٢٤ - أدلة القول الأول:

أولاً: من السنة النبوية:

احتجّ ابن حزم لمذهبه بحديث رفاعة القرظي، وفيه: أنه طلّق امرأته فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: إنها كانت تحت رفاعة، فطلّقها آخر ثلاث تطليقات فتزوّجت بعده عبدالرحمن بن الزبير، وإنه والله تعالى ما معه إلا مثل هذه الهدبة، وأخذت بهدبة من جلبابها، فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً وقال لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» قال ابن حزم بعد أن ذكر هذا الحديث الشريف: فهذه - أي زوجة رفاعة - تذكر أن زوجها لم يطأها، وأن إحليله كالهدبة لا ينتشر إليها، وتشكو ذلك إلى رسول الله ﷺ وتريد مفارقته، فلم يُشْكِها ولا أجلّ لها شيئاً ولا فرّق بينهما»[١٠٨٦٠].

٨٩٢٥ - ثانياً: من آثار الصحابة:

واحتج ابن حزم أيضاً بأن الآثار المروية عن السلف من الصحابة والتابعين فيها ما يمنع التفريق للعيب، وفيها ما يجيزه ولكن لا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ، ثم قال ابن حزم: «إنما هو النكاح كما أمر الله - عزّ وجلّ - ثم إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان إلا أن يأتي

(١٠٨٥٧) «المحلى» ج١٠، ص١٠٩.

(١٠٨٥٨) «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٢.

(١٠٨٥٩) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص١٥٧.

(١٠٨٦٠) «المحلى» ج١٠، ص٦٢.

نصّ صريح فيوقف عنده»[10861].

8926 ـ الردّ على ابن حزم في استدلاله بالحديث:

ويمكن أن يرد على ابن حزم ـ رحمه الله ـ بما ذكره ابن حجر العسقلاني بصدد الحديث الذي احتج به ابن حزم، فقد قال ابن حجر ـ رحمه الله ـ: «وفي قوله ﷺ: «حتى تذوقي عسيلته..» إشعار بإمكان ذلك، لكن قولها: «ليس معه إلا مثل هذه الهدبة» ظاهر في تعذر الجماع المشترط للتحليل، فأجاب الإمام الكرماني: بأن مرادها (بالهدبة) التشبيه بالدقة والرقة لا بالرخاوة وعدم الحركة. قال ابن حجر: واستبعد ما قال (أي الكرماني)، وسياق الخبر يعطي بأنها شكت منه عدم الانتشار، ولا يمنع من ذلك قوله ﷺ: «حتى تذوقي» لأنه علّقه على الإمكان وهو جائز الوقوع، فكأنه قال: اصبري حتى يتأتى منه ذلك»[10862].

8927 ـ الفسخ للعيب بالشرط عند الظاهرية:

ولكن فسخ عقد النكاح للعيب جائز عند الظاهرية إذا اشترط الزوج في عقد النكاح سلامة الزوجة من العيوب، فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم: «فإن اشترط السلامة في عقد النكاح، فوجد عيباً ـ أي عيب كان ـ فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة، دخل بها أو لم يدخل؛ لأن الذي ادخلت عليه غير التي تزوج ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما»[10863].

8928 ـ الرّد على ابن حزم في قصره حقّ الفسخ على الزوج:

ويرد على قول ابن حزم في قصره حقّ الفسخ بالشرط على الزوج دون الزوجة كما هو الظاهر من قول ابن حزم، مع أن الزوجة أولى منه بهذا الشرط؛ لأنها لا تملك حقّ الطلاق وهو يملكه. وكذلك يرد على قول ابن حزم ـ رحمه الله تعالى ـ أنه جعل الفسخ بالشرط واجباً على الزوج إذا ظهرت الزوجة معيبة خلافاً لما اشترطه. ولا نرى وجهاً لهذا الوجوب، فالشرط أعطاه حقّاً في الفسخ والحقّ غير الواجب، ولصاحب الحق الخيار في استعماله أو تركه فلا وجه لإلزام الزوج بالفسخ عند تخلف الشرط، ولا اعتبار النكاح ملغياً إذا لم يوجد الشرط، فهذه مغالاة لا مبرر لها.

(10861) «المحلى» ج10، ص114-115.

(10862) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج9، ص467.

(10863) «المحلى» ج10، ص115.

٨٩٢٩ ـ القول الثاني: يجوز التفريق للعيب:

وهذا قول الجمهور فعندهم يجوز فسخ عقد النكاح بسبب العيب يجده أحد الزوجين في الآخر، وهذا قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية(١٠٨٦٤). وإن اختلفوا في العيوب التي يجري فيها الفسخ، فقد قال الشوكاني: وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة ومن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب وإن اختلفوا في تعيين العيوب التي يفسخ بها النكاح(١٠٨٦٥).

٨٩٣٠ ـ أدلة القول الثاني:

وقد استدل أصحاب هذا القول ـ جواز الفسخ بالعيوب ـ أو استدِل لهم بجملة أدلة منها:

٨٩٣١ ـ الدليل الأول:

أوجب الله تعالى على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ وليس من الإمساك بمعروف حرمانها من الحظ من زوجها لعنته أو لعدم قدرته من الوصول إليها أو مع نفرتها منه لجذامه مثلاً، فيتعين عليه الطلاق، فإن أبى فرّق القاضي بينهما(١٠٨٦٦).

٨٩٣٢ ـ الدليل الثاني:

إجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ على التفريق لعنّة الزوج فإنه روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قضى في الزوج العنين أنه يؤجل سنة، فإن وصل إلى زوجته وإلا أخذت منه المهر كاملاً، وفرّق بينهما وعليها العدة. وروي عن ابن مسعود وعلي ـ رضي الله عنهما ـ مثل ما قضى به عمر، وكان قضاؤهم بهذا في محضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم فيكون إجماعاً(١٠٨٦٧). وفي كتاب «الأم» للشافعي: «وعن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه أجلّ العنين سنة. ولا أحفظ عمن لقيته خلافاً في ذلك، فإن جامع وإلا فرّق بينهما»(١٠٨٦٨).

(١٠٨٦٤) «البدائع» ج٢، ص٣٢٢، «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٢، «المغني» ج٦، ص٦٥٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢، «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٣، وما بعدها، «منهاج الصالحين» ج٢، ص١٥٥.

(١٠٨٦٥) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص١٥٧.

(١٠٨٦٦) «البدائع» ج٢، ص٣٢٣.

(١٠٨٦٧) «البدائع» ج٢، ص٣٢٣.

(١٠٨٦٨) «الأم» للشافعي، ج٨، ص١٧٨.

٨٩٣٣ ـ الدليل الثالث:

وعن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: أيما امرأة غُرّ بها رجل، بها جنون أو جذام أو برص، فلها مهرها مما أصاب منها وصداق ـ المهر ـ الرجل على من غرّه، رواه مالك في «الموطأ» والدارقطني. وفي لفظ: قضى عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها، فُرِّق بينهما والصَداق لها بمسيسه إياها وهو له على وليها رواه الدارقطني(١٠٨٦٩). قال الشوكاني بعد أن أورد هذا الحديث والذي قبله: وقد استدل بهذين الحديثين على أن البرص والجنون والجذام عيوب يفسخ بها النكاح(١٠٨٧٠).

٨٩٣٤ ـ الدليل الرابع:

وفي الحديث الشريف عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «وفرَّ من المجذوم كما تفر من الأسد»(١٠٨٧١) ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الفرار من الزوج المجذوم يثبت بفسخ نكاحه(١٠٨٧٢) وقد احتج بهذا الحديث أيضاً صاحب «مغني المحتاج» للقول بفسخ نكاح المجذوم(١٠٨٧٣).

٨٩٣٥ ـ الدليل الخامس:

إن وجود العلل في الزوج أو في الزوجة والتي تبيح فسخ النكاح كالجذام والجنون، تفوت مقاصد النكاح من إعفاف النفس وإنجاب الذرية للنفرة التي تكون بين الزوجين بسبب هذه العلل، جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «.. وقال الشافعي وهو ـ أي الجذام ـ مانع للجماع لا يكاد نفس أحد أن تطيب أن يجامع من هو بهِ، والولد قلما يسلم منه، فإن سلم أدرك نسله»(١٠٨٧٤).

٨٩٣٦ ـ العيوب التي تمنع الوطء:

أما العيوب التي تمنع الوطء كالقرن في الزوجة والجب والعنة في الزوج فضررها ظاهر؛

(١٠٨٦٩) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص١٥٦.

(١٠٨٧٠) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص١٥٧.

(١٠٨٧١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص١٥٨.

(١٠٨٧٢) «فتح القدير» ج٣، ص٢٦٧.

(١٠٨٧٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٨٧٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

لأنها تفوت مقاصد النكاح من إعفاف النفس وإيجاد النسل، فكان الفسخ بسببها يتفق وأصول الشريعة في رفع الضرر.

٨٩٣٧ ـ القول الراجح:

والراجح قول الجمهور، فيجوز من حيث المبدأ فسخ النكاح بسبب العيب في الزوج أو في الزوجة دفعاً للضرر عن الطرف الآخر، ولوجود آثار صحيحة عن الصحابة في التفريق للعيب، فكان الأخذ به هو الراجح.

المبحث الثاني

من يملك التفريق للعيب

٨٩٣٨ ـ اختلاف بين الفقهاء:

اختلف القائلون بالتفريق للعيب فيمن يملكه، أيملكه الزوجان أم أحدهما فقط، ومن هو؟ قولان للفقهاء:

الأول: تملكه الزوجة وحدها.

والثاني: يملكه الزوجان. ونذكر فيما يلي هذين القولين، وما استدل به أصحابهما، ثم نبيّن الراجح منهما.

٨٩٣٩ ـ القول الأول: حقّ التفريق بالعيب للزوجة وحدها:

وأصحاب هذا القول هم الحنفية والنخعي والثوري، فقالوا الزوجة وحدها تملك حقّ فسخ النكاح لعيب في زوجها يجيز الفسخ، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

أ : جاء في «البدائع»: «وأما في جانب الزوجة، فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا، حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب الموجودة فيها»[١٠٨٧٥].

ب : وفي «المبسوط» للسرخسي «ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وإن فحش عندنا، ولكنه بالخيار إن شاء طلّقها وإن شاء أمسكها. والمرأة إذا وجدت زوجها عنيناً أو مجبوباً يثبت لها الخيار»[١٠٨٧٦].

جـ : وفي «الهداية» وشرحها «العناية»: «وإذا كان بالزوجة أي عيب، فلا خيار للزوج في فسخ النكاح»[١٠٨٧٧].

(١٠٨٧٥) «البدائع» ج٣، ص٣٢٧.

(١٠٨٧٦) «المبسوط» للسرخسي، ج٥، ص٩٥، ٩٦.

(١٠٨٧٧) «الهداية والعناية على الهداية» ج٣، ص٢٦٧.

د : وفي شروط لزوم النكاح قال الإمام الكاساني الحنفي - رحمه الله تعالى -: «ومنها خلو الزوج عن عيب الجبّ والعنّة عند عدم الرضا من الزوجة بهما. . وأما المجبوب فإن كانت المرأة عالمة بذلك وقت النكاح، فلا خيار لها لرضاها بذلك. وإن لم تكن عالمة به فإنها تخير للحال ولا يؤجل. . »[10878].

٨٩٤٠ ـ الحجة للقول الأول:

أولاً: احتجوا بقول ابن مسعود - رضي الله عنه -: «لا ترد الحرّة عن عيب». وعن علي - رضي الله عنه - قال: إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له، إن شاء طلّق، وإن شاء أمسك. أما ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أثبت الخيار للزوج إذا وجد عيباً في زوجته، فالمراد خيار الطلاق[10879].

٨٩٤١ ـ ثانياً: الاحتجاج: الحديث الشريف: «فرَّ من المجذوم كما تفرُّ من الأسد» لا يدل على حقّ الزوج في فسخ النكاح لعيب في زوجته؛ لأنه يستطيع الفرار منها بالطلاق وهو يملكه[10880].

٨٩٤٢ ـ ثالثاً: ثم إن العيوب في الزوجة التي يراد فسخ النكاح بسببها لا تخل بموجب عقد النكاح وهو الحلّ، فلا يثبت للزوج خيار الفسخ، كما لا يثبت له هذا الخيار في عمى الزوجة وشللها[10881].

٨٩٤٣ ـ رابعاً: الزوج يمكنه أن يتزوج على زوجته المعيبة كما يمكنه أن يطلّقها ويتزوج غيرها، وبهذا يمكنه أن يحصل على مقصود النكاح من قضاء الشهوة وإيجاد النسل، أما الزوجة إذا وجدت زوجها معيباً بعيب ينافي مقصود النكاح، فإن لم يثبت لها خيار الفسخ لعيب في زوجها لبقيت معلقة: لا هي ذات زوج يحصل به مقصود النكاح، ولا هي خليّة تستطيع الزواج من غيره، فأثبتنا لها خيار فسخ النكاح؛ لإزالة ظلم جعلها كالمعلقة، وهذا لا يوجد في حقّ الزوج إذا وجد فيها عيباً لما قلناه أنه يمكنه أن يطلّقها ويتزوج غيرها، أو يتزوج عليها ولا يطلّقها ويحصل على مقاصد النكاح[10882].

(١٠٨٧٨) «البدائع» للكاساني، ج٢، ص٣٢٢، ٣٢٧.

(١٠٨٧٩) «سبل السلام» ج٣، ص١٨٠.

(١٠٨٨٠) «المبسوط» ج٥، ص٩٦.

(١٠٨٨١) «المبسوط» ج٥، ص٩٦.

(١٠٨٨٢) «المبسوط» ج٥، ص٩٧.

٨٩٤٤ ـ **القول الثاني: لكل من الزوجين التفريق للعيب:**

روي هذا القول عن عمر بن الخطاب وابن عباس وهو مذهب الجمهور، منهم الحنابلة والشافعية والمالكية والجعفرية والزيدية[١٠٨٨٣].

٨٩٤٥ ـ **أدلة القول الثاني:**

أولاً: الأدلة التي ساقوها للاستدلال بها على جواز التفريق بالعيب من حيث المبدأ، وقد ذكرناها فلا نعيدها هنا[١٠٨٨٤].

٨٩٤٦ ـ **ثانياً: الآثار عن الصحابة:**

أخرج البيهقي في السنن الكبرى جملة من الآثار عن الصحابة في جواز التفريق للعيب يجده الزوج في زوجته ومن هذه الآثار[١٠٨٨٥]:

أ : عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ قال: إذا تزوّج الرجل المرأة وبها جنون أو جذام أو برص أو قرن، فإن كان دخل بها فلها الصَداق بمسّه إيَّاها، وهو له على الولي.

ب : عن جابر بن زيد قال: أربع لا تجوز في بيع ولا نكاح: المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء. ومثل هذا روي عن علي وابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أجمعين.

٨٩٤٧ ـ **ثالثاً: وجوب مساواة الزوج بالزوجة في حقّ الفسخ بالعيب:**

القائلون بحقّ الفسخ بالعيب للزوجة فقط دون زوجها يحتجون بأن الزوج إذا كان مجبوباً أو عنيناً لا يتحقق معه مقاصد النكاح طبعاً وشرعاً: أما (طبعاً) فقضاء الشهوة. وأما (شرعاً)، فهو تحصيل النسل. وكذلك إذا كان في الزوج ما ينفر الزوجة منه كالجذام مما يفوّت عليها مقصود الزواج من قضاء الشهوة وإيجاد النسل، فكان في إثبات حقّ الفسخ للزوجة من باب رفع الظلم عنهـا، ولتمكينها من الفراق والزواج بمن تحصل معه مقاصد الزواج[١٠٨٨٦]. هذا ما قالوه في حجتهم لحقّ الزوجة في فسخ النكاح بعيب في زوجها، فينبغي أن يقولوا مثله في حقّ الزوج

(١٠٨٨٣) «المغني» ج٦، ص٦٥٠، «المجموع شرح المهذب» ج١٥، ص٤٢١ـ٤٢٢، «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٢، «الشرح ا لكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٧، «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٥٥.

(١٠٨٨٤) الفقرات ٨٩٣١ـ٨٩٣٦.

(١٠٨٨٥) «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٢١٥.

(١٠٨٨٦) «الهداية ج٣، ص٢٦٧ـ٢٦٨.

إذا رأى في زوجته عيباً يفوت عليه مقصود النكاح في قضاء الشهوة وتحصيل النسل. يوضح ذلك أن العيوب في الزوجة كالجذام والرّتق تمنع استيفاء الزوج حقّه في الوطء حسّاً وطبعاً، أما حسّاً، ففي الرتق حيث لا يمكن وصول الزوج إليها لانسداد طريق الدخول في الفرج لعلة الرتق ومثله القرن. وأما امتناعه طبعاً ففي الجذام ونحوه؛ لأن الطباع السليمة تنفر من جماعها، وربما يسري داؤها إلى نسله.

وأما الجنون في الزوجة، فهو مع كونه منفراً من وطئها، فإن فيه احتمال الجناية على الزوج مما يجعله منفراً أيضاً من قربانها[١٠٨٨٧].

٨٩٤٨ ـ رابعاً: الزوجان طرفان في عقد النكاح:

إن الزوجين كليهما طرفان في عقد النكاح، فيجب أن يتساويا في حقّ الفسخ للعيب، فكما يجوز للزوجة فسخ عقد النكاح لعيب في زوجها، فكذلك يجب أن يكون للزوج حقّ الفسخ بعيب في زوجته[١٠٨٨٨].

٨٩٤٩ ـ خامساً: حقّ الزوج في الطلاق لا ينفي حقّه في الفسخ:

وكون الزوج يملك الطلاق، وإن هذا يغنيه عن إثبات حقّ الفسخ له لعيب في زوجته، لا يصلح حجة لسلب حقّ الفسخ عنه؛ لأن في إثبات حقّ الفسخ له من شأنه أن يسقط عنه المهر إذا كان ذلك قبل الدخول[١٠٨٨٩]. ويمكن أن نضيف إلى هذا الرد، رد آخر هو: كون الشخص يملك حقّاً في شيء لا يمنع من تملكه حقّاً آخر فيه باعتبار آخر، فالزوج يملك حقّ الطلاق ابتداء بتمليك من الشارع باعتبار (أن الطلاق لمن أخذ بالساق) كما جاء في الخبر، وهذا لا يمنع من تملكه حقّ الفسخ بسبب آخر أو اعتبار آخر هو وجود عيب في زوجته.

(١٠٨٨٧) «الهداية والعناية» ج٣، ص٢٦٧.

(١٠٨٨٨) «المغني» ج٦، ص٦٥٠، «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣.

(١٠٨٨٩) «المغني» ج٦، ص٦٥٠.

المبحث الثالث

العيوب التي تجيز التفريق وأقوال الفقهاء فيها

٨٩٥٠ ـ تمهيد:

القائلون بجواز التفريق بين الزوجين للعيب يختلفون في تعيين هذه العيوب التي تجيز التفريق. وهذا الاختلاف قائم بين الحنفية القائلين بقصر حق التفريق للعيب بالزوجة وحدها، كما أن هذا الاختلاف قائم بين غير الحنفية القائلين بحقّ التفريق للعيب لكل من الزوجين. وهناك اختلاف آخر بين القائلين بالتفريق للعيب هو: هل هذه العيوب التي ذكرها الفقهاء باعتبارها تجيز الفسخ، هل ذكروها على سبيل الحصر، فلا يجوز الزيادة عليها عن طريق القياس، أم أنهم ذكروها على سبيل التمثيل، فيجوز ذكر عيوب أخرى بالقياس على ما ذكروه؟، وعلى كل حال، فالعيوب التي تجيز التفريق: (منها): ما يخص الرجال فقط، (ومنها): ما يخص النساء فقط. (ومنها) ما هو مشترك بين الرجال والنساء.

٨٩٥١ ـ منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: العيوب الخاصة بالرجال.

المطلب الثاني: العيوب الخاصة بالنساء.

المطلب الثالث: العيوب المشتركة بين الصنفين.

المطلب الرابع: هل العيوب محصورة بما ذكره الفقهاء.

المطلب الأول

العيوب الخاصة بالرجال

٨٩٥٢ ـ أولاً: العنّة

أ : تعريفها في اللّغة:

العنّة في اللغة: عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع، فهو عَنين وعِنِّين[10890] وقيل سمي عنّيناً للين ذكره وانعطافه، مأخوذ من عِنان الدابة للينه[10891].

٨٩٥٣ - ب: العنة والعنين في اصطلاح الفقهاء:

عرّف الفقهاء العنّة والعنين بتعاريف كثيرة منها ما يأتي:

١: العنّة صفة العنين وهو الذي لا يقدر على إتيان المرأة[10892]. والعنين هو العاجز عن الوطء[10893].

٢: العنين من لا يمكنه وطء ولو لكبر أو مرض لا يرجى زواله. وقال بعضهم العنين هو من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة. ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة، أو إلى بعض النساء دون بعض، أو لسحر أو لكبر سن، فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات مقصود النكاح في حقّها[10894].

٣: العنين شرعاً من لا يقدر على جماع فرج زوجته لمانع منه ككبر سن أو سحر[10895].

٨٩٥٤ - وقال المالكية المقصود بـ (العنّة) صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع. أما عدم قدرته على الجماع لعدم انتشار آلته - ذكره -، فيسمونه «الاعتراض» وهو «مُعترَض»، ومعنى اتصافه بالاعتراض قيام مانع الوطء به لعارض كسحر أو خوف أو مرض[10896].

٨٩٥٥ - ما تتحقق به العنّة ويصير به عنيناً[10897]:

ويخلص لنا من تعاريف الفقهاء للعنة والعنين أن ما تتحقق به العنة ويصير به الزوج عنيناً في حقّ زوجته هو عجزه عن وطئها في قُبلها، ويترتب على ذلك ما يأتي:

أ: لا يشترط لثبوت العجز عن الوطء سبب معين، فقد يكون السبب خِلْقة، وقد يكون

(١٠٨٩٠) «المعجم الوسيط» ج٢، ص٦٣٨-٦٣٩.

(١٠٨٩١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

(١٠٨٩٢) «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية» للشيخ نجم الدين بن حفص النسفي، ص٤٧.

(١٠٨٩٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢، «كشّاف القناع» ج٣، ص٦١.

(١٠٨٩٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣-٨٤، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٢.

(١٠٨٩٥) «الدر المختار» ج٣، ص٤٩٤.

(١٠٨٩٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٨، و«حاشية الصاوي على الشرح الصغير» للدردير، ص٤٢٩.

(١٠٨٩٧) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ب ص٤٩٤.

لمرض أو لكبر سن أو غير ذلك. فالمنظور إليه لاعتباره عنيناً عجزه عن الوطء بغض النظر عن سبب هذا العجز.

ب : ويشترط في العجز عن الوطء العجز عن الوطء في قُبل المرأة لا في دبرها.

جـ : ويعتبر العنين عنيناً في حقّ من لا يصل إليها وإن استطاع الوصول إلى غيرها. وعلى هذا فمن عجز عن وطء إحدى زوجتيه، وقدر على وطء الأخرى فهو عنين بالنسبة للأولى وغير عنين بالنسبة للثانية.

د : والوطء الذي تنتفي به العنة هو ما كان بإيلاج الزوج حشفة ذكره في فرج امرأته، فلا يشترط إيلاج جميع ذكره لانتفاء العنة عنه.

٨٩٥٦ ـ التفريق للعنّة:

القائلون بالتفريق للعيب يقولون بالتفريق للعنة؛ لأنها عيب في الزوج تفوت به مقاصد الزواج ويلحق الضرر بالمرأة مما يستوجب التفريق، ومن ثم كان للزوجة أن تطلب التفريق به بشروطه التي سنذكرها فيما بعد.

٨٩٥٧ ـ التفريق للعنة عند الحنفية:

الحنفية يقولون بحقّ الزوجة في التفريق بسبب عنّة الزوج، ولكنهم يشترطون لذلك عدم وصول الزوج إليها أصلاً، فلو وصل إليها مرة واحدة بطل حقها في طلب التفريق لعنّة الزوج، قال الإمام الكاساني وهو يتكلم عن خيار المرأة في التفريق لعنّة الزوج: «أما شرائط الخيار: (فمنها) عدم الوصول إلى هذه المرأة أصلاً ورأساً في هذا النكاح، حتى لو وصل إليها مرة واحدة، والخيار لتفويت الحقّ المستحق ولم يوجد»[(١٠٨٩٨)]. وسنذكر حجتهم فيما ذهبوا إليه ومناقشتها عند الكلام على شروط التفريق في البحث القادم ـ إن شاء الله تعالى ـ

٨٩٥٨ ـ ثانياً: الجبّ، والتفريق به:

جاء في الاصطلاحات الفقهية: «المجبوب: المقطوع الذكر. والجبّ: القطع»[(١٠٨٩٩)] وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وأما الجبّ فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به..». وفي «مغني المحتاج» المجبوب هو مقطوع جميع الذكر أو لم يبق منه قدر الحشفة»[(١٠٩٠٠)].

(١٠٨٩٨) «البدائع» ج٢، ص٣٢٥..

(١٠٨٩٩) «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية» ص٤٧.

(١٠٩٠٠) «المغني» ج٦، ص٦٥٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

ولا خلاف بين القائلين بالتفريق للعيب، أن التفريق يثبت بالجبّ، فلزوجة المجبوب طلب التفريق بهذا السبب، جاء في «البدائع» للكاساني في شروط لزوم عقد النكاح: «ومنها، خلو الزوج عن عيب الجبّ والعنّة عند عدم الرضا من الزوجة بهما عند عامة العلماء»[١٠٩٠١].

٨٩٥٩ ـ ثالثاً: الخصاء والخصي:

الخصاء: سل الخصيتين ونزعهما، والخصية من أعضاء التناسل واحدة الخصى، والتثنية: خصيتان، وهو خصي ومخصي، أي سلت خصيتاه[١٠٩٠٢]. والخصي عند الفقهاء هو بمعناه في اللغة، وهو من سلت خصيتاه[١٠٩٠٣]. وفي «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «الخصي: من قطعت خصيتاه، أو رضت بيضتاه أو سُلّت بيضتاه»[١٠٩٠٤].

٨٩٦٠ ـ هل يجوز التفريق بالخصاء:

أولاً: مذهب الحنفية:

يجوز للمرأة طلب التفريق إذا وجدت زوجها خصياً؛ لأن الخصي كالعنين في الحكم، جاء في «البدائع» للكاساني: «والمؤخّذ والخصي في جميع ما وصفنا مثل العنين لوجود الآلة في حقّهما، فكان كالعنين»[١٠٩٠٥].

وفي «الهداية» في فقه الحنفية أيضاً: «والخصي يؤجل كما يؤجل العنين؛ لأن وطأه مرجو»[١٠٩٠٦] والتأجيل مقدمة التفريق، فإذا لم يحصل خلالها وصول الزوج إلى زوجته، فرّق بينهما بطلب من الزوجة كما هو الحكم من العنين.

٨٩٦١ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

قال الشيرازي في المهذب في فقه الشافعية: «وإن وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان: (الأول) لها الخيار؛ لأن النفس تعافه. (الثاني): لا خيار لها؛ لأنها تقدر على الاستمتاع

(١٠٩٠١) «البدائع» للكاساني، ج٢، ص٣٢٢.

(١٠٩٠٢) «لسان العرب» ج٨، ص٢٥١، «المعجم الوسيط» ج١، ٢٣٨.

(١٠٩٠٣) «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية» ص٤٧.

(١٠٩٠٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣.

(١٠٩٠٥) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧.

(١٠٩٠٦) «الهداية» ج٣، ص٢٦٥.

به[10907]. ولكن جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية نقلاً عما جاء في «الروضة» أن لا خيار للزوجة في فسخ النكاح بسبب خصاء الزوج[10908]، ويبدو أن صاحب «الروضة» اختار القول الثاني في المذهب، ولم يعقب صاحب مغني المحتاج على ما نقله عن الروضة من أن الخصاء لا يجيز التفريق، مما يدل على أنه يوافقه.

٨٩٦٢ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

يثبت عندهم للزوجة خيار التفريق بسبب خصاء زوجها، فإذا وجدته خصياً جاز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها، فقد جاء في «شرح منتهى الإرادات» في العيوب التي يثبت بها للزوجة حقّ الخيار في التفريق قوله: «أو قطع خصيتاه أو رضت بيضتاه أو سلت بيضتاه؛ لأن فيه نقصاً يمنع الوطء أو يضعفه، وروى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سعد تزوج امرأة وهو خصي، فقال له عمر ـ رضي الله عنه ـ: أعلمتها؟ قال: لا. قال: أعلمها ثم خيّرها»[10909].

٨٩٦٣ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «ولها ـ أي للزوجة ـ الخيار بخصائه، أي قطع الذكر دون الأنثيين. وأما قطع الأنثيين ـ أي الخصيتين ـ دون الذكر فلا ردّ به إلا إذا كان لا يمني. ومثل قطع الذكر قطع الحشفة على الأرجح»[10910].

٨٩٦٤ ـ خامساً: مذهب الزيدية:

وعندهم، يثبت للزوجة التفريق إذا وجدت زوجها خصياً، فقد قالوا: «عن علي ـ رضي الله عنه ـ أن خصياً تزوج امرأة وهي لا تعلم ـ أي بخصائه ـ ثم علمت فكرهته، ففرق بينهما» قالوا: وهذا الخبر دليل على أن الخصاء من العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق ويفسخ بها النكاح. وتعليله أن الزوجة تعاف عشرة الزوج الخصي[10911].

(١٠٩٠٧) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٢٢.

(١٠٩٠٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٠٩) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣.

(١٠٩١٠) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٤-٤٢٥.

(١٠٩١١) «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» ج٤، ص٢٩٧.

٨٩٦٥ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

وعندهم، يثبت للزوجة حقّ طلب التفريق وفسخ النكاح بسبب الخصاء، فقد قالوا: «العيوب المجوّزة لفسخ النكاح في الزوج خمسة: الجنون، والخصاء، وهو سلّ الأنثيين وإن أمكن الوطء..»[١٠٩١٢].

المطلب الثاني

العيوب الخاصة بالنساء

٨٩٦٦ ـ أولاً: مذهب الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي في عدد العيوب في المرأة التي تجيز لزوجها فسخ النكاح، فقال رحمه الله: «وثلاثة تختص بالمرأة وهي: الفتق والقرن والعفل. وجعل القاضي القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق أيضاً، وذلك لحم ينبت في الفرج. وقال أبو الخطاب: الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه. (والقرن والعفل) لحم ينبت في الفرج فيسده فهما في معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر. وأما (الفتق) فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني، وقيل ما بين القبل والدبر[١٠٩١٣].

وجاء في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «وقسم من العيوب يختص بالمرأة وهو كون فرجها مسدوداً لا يسلكه ذكر، فإن كان ذلك بأصل الخِلْقة فهي (رتقاء)، فالرتق تلاحم الشفرتين خِلْقة، وإن لم يكن ذلك بأصل الخِلْقة فهي (قرناء أو عفلاء) فالقرن والعفل في العيوب شيء واحد، أو بالفرج (بخر) أي نتن يثور عند الوطء، أو بالفرج (قروح سيالة) أو كونها (فتقاء) بانخراق ما بين سبيليها، أو بانخراق ما بين مخرج بول ومني، أو كونها (مستحاضة) فيثبت للزوج الخيار بكل من هذه العيوب»[١٠٩١٤].

٨٩٦٧ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

جاء في «المهذب» في فقه الشافعية: «إذا وجد الرجل امرأته.. أو رتقاء وهي التي انسدّ

(١٠٩١٢) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج١ب، ص١٢٤، «المختصر النافع» ص٢١٢، «منهاج الصالحينب، ج٢، ص١٥٥.

(١٠٩١٣) «المغني» ج٦، ص٦٥١.

(١٠٩١٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٦-٨٧.

فرجها، أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار»[10915].

وفي «مغني المحتاج»: «أو وجدها (رتقاء) بأن انسد محلّ الجماع بلحم، أو وجدها (قرناء) بأن انسدّ محلّ الجماع بعظم في الأصح وقيل بلحم، وعليه فالرتق والقرن واحد[10916].

ولا خيار بـ (البخر) والصنان والاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانة.. الخ»[10917].

٨٩٦٨ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «وللزوج ردّها ـ أي ردّ الزوجة بفسخ نكاحها ـ (بقرنها) وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالباً فيمكن علاجه، وتارة يكون عظماً فلا يمكن علاجه عادة: (ورتقها) وهو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع إلا أنه إذا انسدّ بلحم أمكن علاجه، وبعظم لم يكن عادة. (وبخرها) أي نتن فرجها؛ لأنه منفر. (وعفلها) وهو لحم يبرز في قبلها ولا يسلم غالباً من رشح، وقيل إنه رغوة في الفرج تحدث عند الجماع. (وإفضائها) وهو اختلاط مسلكي الذكر والبول، وأولى منه اختلاط مسلكي الذكر والغائط»[10918].

٨٩٦٩ ـ رابعاً: مذهب الجعفرية:

جاء في «الروضة البهية» في فقه الجعفرية: «وعيوب المرأة تسعة: الجنون والجذام والبرص والعمى والإقعاء و(القرن) وهو عظم في أحد تفسيريه كالسن يكون في الفرج يمنع الوطء، فلو كان لحماً فهو (العفل)، وقد يطلق عليه القرن أيضاً. (والإفضاء) و(العفل) وهو شيء يخرج من قُبل النساء، (والرتق) وهو أن يكون الفرج ملتحماً ليس فيه مدخل للذكر»[10919]. ويلاحظ على هذه العيوب أن بعضها يختص بالنساء والبعض الآخر منها لا يختص بالنساء مثل الجنون والجذام والبرص.. الخ.

٨٩٧٠ ـ خامساً: مذهب الزيدية:

جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «العيوب التي تختص بالزوجة، القرن والرتق

(١٠٩١٥) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٢١.

(١٠٩١٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

(١٠٩١٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩١٨) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٧-٢٧٨.

(١٠٩١٩) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج١، ص١٢٦.

والعفل. أما (القرن) فهو عظم يكون في فرج المرأة. وأما (الرتق) فهي التي لا يستطاع جماعها مأخوذ من الرتق وهو الالتئام، وأما (العفل) فهو شيء يخرج من قُبُلِ النساء[10920].

٨٩٧١ - التفريق بهذه العيوب:

وهذه العيوب التي ذكرنا في الزوجة في المذاهب المختلفة تجيز للزوج الخيار في فسخ النكاح، إلا أن الحنفية كما ذكرنا عنهم لا يجيزون فسخ النكاح لعيب في الزوجة، وقد ذكرنا أدلتهم وأدلة مخالفيهم.

المطلب الثالث

العيوب المشتركة بين الرجال والنساء

٨٩٧٢ - المقصود بالعيوب المشتركة:

العيوب المشتركة بين الرجال والنساء هي التي يمكن أن يصاب بها كل من الرجل والمرأة، فلا اختصاص لأحدهما بهذه العيوب، كالجنون والجذام. ويكون لكل واحد من الزوجين الخيار في فسخ النكاح أو إبقائه.

وهذه العيوب المشتركة ليست كلها محلّ اتفاق بين الفقهاء ففي بعضها خلاف، كما يتبيّن من أقوال فقهاء المذاهب المختلفة.

٨٩٧٣ - أولاً: مذهب الحنابلة:

العيوب المشتركة عندهم: «الجنون والجذام والبرص وبخر فم أي نتنه. واستطلاق (بول)، واستطلاق (نجو) أي غائط، وباسور وناصور - وهما داءان في المقعد - وقرع رأس وله ريح منكرة، فإن لم يكن له ريح كذلك فلا فسخ به. وكون أحدهما خنثى غير مشكل؛ لأن الخنثى المشكل لا يصح نكاحه، فيفسخ بكل من ذلك لما فيه من النفرة أو النقص أو خوف تعدي أذاه أو تعدي نجاسته»[10921].

٨٩٧٤ - ولا يثبت خيار لأحد الزوجين في غير ما ذكر من العيوب كعور وعرج وقطع يد، وقطع رجل وعمى وخرس، وطرش وكون أحدهما عقيماً أو نضواً أي نحيفاً ونحوه كسمين جداً؛

(١٠٩٢٠) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٦-٢٩٧.

(١٠٩٢١) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٧. الخنثى من له آلة الذكر والأنثى. والمشكل هو من لم تتضح ذكورته أو أنوثته. وغير المشكل من اتضحت ذكورته أو أنوثته.

لأن ذلك كلّه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه[10922].

٨٩٧٥ ـ ثانياً: مذهب المالكية[10923]:

عندهم، العيوب المشتركة أربعة: الجنون والجذام والبرص والعِذْيَطَة، وقالوا عن الجنون: إنه يثبت به الخيار لكل من الزوجين سواء استغرق جنونه كل الأوقات أو غالبها، بل حتى ولو حدث في كل شهر مرة إذا كان في هذا الحدوث إضرار من ضرب أو إفساد شيء، أما الذي لا إضرار فيه كالذي يطرح في الأرض ويفيق من غير إضرار فلا ردّ به.

٨٩٧٦ ـ وللزوجة فقط دون الزوج فسخ النكاح بالجذام البيّن، أي المحقق ولو يسيراً، وسواء حدث قبل العقد أو بعده. وأما الرجل فله الردّ به ـ أي فسخ النكاح ـ إن كان قبل العقد قلّ أو كثر، ولا ردّ به إن كان حادثاً بعد العقد مطلقاً.

٨٩٧٧ ـ وأما البرص فإن كان قبل العقد ردّ به إن كان كثيراً فيهما أو يسيراً في المرأة اتفاقاً، وفي اليسير في الرجل قولان. وإن كان بعد العقد فلا ردّ لواحد منهما إن كان يسيراً، فإن كان كثيراً فتردّ المرأة به الرجل وليس العكس.

٨٩٧٨ ـ وأما العِذْيَطة فهي التغوط عند الجماع ومثله البول عند الجماع. فيثبت فيها الخيار للزوجين. ولا خيار لهما في خروج الريح قولاً واحداً، ولا بالبول في الفراش على الأصح.

٨٩٧٩ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

قالوا: إذا وجد أحد الزوجين في الآخر جنوناً أو جذاماً أو برصاً ثبت له الخيار في فسخ النكـاح. (والجنون) يثبت به الخيار ولو كان متقطعاً أو قابلاً للعلاج. أما (الجذام) فيثبت به الخيار وإن قلّ، وهو علّة يحمرّ منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويُتصور ذلك في كل عضو لكنه في العضو أغلب. وأما (البرص) وهو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته. وهذا إذا كان كل من البرص والجذام مستحكمين بخلاف غيرهما من أوائل الجذام والبرص فلا يثبت به الخيار، ويُحكَّم أهل المعرفة لمعرفة استحكامهما[10924].

(١٠٩٢٢) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٨.

(١٠٩٢٣) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٢٧٧-٢٧٩. و«الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٤.

(١٠٩٢٤) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٢١، «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٠٢-٣٠٣، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

٨٩٨٠ ـ قول الشافعية في الخنثى:

ولو وجد أحد الزوجين الآخر خنثى واضحاً بأن زال إشكاله قبل عقد النكاح بذكورة أو أنوثة، فلا خيار للآخر في الأظهر، وفي القول الثاني في المذهب له الخيار بذلك لنفرة الطبع عنه. أما الخنثى المشكل فنكاحه باطل(١٠٩٢٥).

٨٩٨١ ـ رابعاً: مذهب الحنفية(١٠٩٢٦):

أ : إذا كان في الزوجة عيب فلا خيار للزوج، سواء كان العيب من العيوب التي تختص بالنساء أو كان من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء بلا خلاف عند الحنفية.

ب : إذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام، فلا خيار للزوجة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ وقال الإمام محمد لها الخيار دفعاً للضرر عنها؛ لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقّها لمعنى فيه؛ لأن هذه العيوب منفرة، فكانت بمنزلة الجبِّ والعنة، فيثبت لها الخيار دفعاً للضرر عنها حيث لا سبيل لها سواه بخلاف جانب الزوج فيما لو رأى فيها هذه العيوب وغيرها؛ لأنه متمكن من دفع الضرر عن نفسه بالطلاق.

والحجة لأبي حنيفة وأبي يوسف أن الخيار للمرأة إذا كان الزوج مجبوباً أو عنيناً أو خصياً إنما يثبت لها لدفع ضرر فوات حقّها المستحق بالعقد وهو الوطء، وهذا الحقّ لم يفت بهذه العيوب؛ لأن الوطء ممكن من الزوج مع هذه العيوب، فلا يثبت لها الخيار. وأيضاً فإن الأصل عدم الخيار لها لما فيه من إبطال حقّ الزوج في الاستمتاع بها وإنما يثبت لها الخيار في الجبِّ والعنة؛ لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح، وهذه العيوب غير مخلّة بهذا المقصود فلا تقاس على الجبِّ والعنّة.

جـ : أما الخنوثة تكون في الزوج أي كون الزوج خنثى، فقد جاء في «البدائع»: «والخصي في جميع ما وصفنا مثل العنين وكذلك الخنثى»(١٠٩٢٧).

٨٩٨٢ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

اعتبروا من العيوب المشتركة المجيزة لفسخ النكاح الجنون، ولكن ذهب أكثرهم إلى اعتبار الجذام والبرص من عيوب المرأة فقط التي تجيز للزوج فسخ النكاح، ولم يجعلوهما من عيوب

(١٠٩٢٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

(١٠٩٢٦) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧، «الهداية وشرح العناية» ج٣، ص٢٦٨.

(١٠٩٢٧) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧.

الزوج التي تجيز للزوجة فسخ النكاح من أجلها، ولكن اختار صاحب «اللمعة الدمشقية» القول بأن الجذام والبرص في الزوج من العيوب التي تجيز للزوجة طلب الفسخ بسببها، لما في إعطاء الزوجة خيار الفسخ من دفع الضرر عنها ولأنها أولى من الزوج بهذا الخيار؛ لأن الزوج يستطيع التخلص من زوجته بالطلاق إذا رآها مصابة بالجذام أو البرص[10928].

٨٩٨٣ ـ قول الجعفرية في عيب الخنوثة:

وبالنسبة للخنوثة جاء في «الروضة البهية»: «وقيل لو بان الزوج خنثى، فلها الفسخ وكذا العكس، ويُضعَّف بأنه إن كان مشكلاً فالنكاح باطل فلا يحتاج رفعه إلى فسخ، وإن كان محكوماً بذكوريته بإحدى العلامات الموجبة لها، فلا وجه للفسخ؛ لأنه كزيادة عضو في الرجل، وكذا لو كان هو الزوجة وحكم بأنوثتها؛ لأنه حينئذٍ كالزيادة في المرأة»[10929].

٨٩٨٤ ـ سادساً: مذهب الزيدية:

وعندهم يثبت لكل منهما الخيار في بقاء النكاح أو فسخه إذا رأى في صاحبه عيباً من العيوب المشتركة وهي: الجنون، والجذام، والبرص. أما (الجنون) فهو زوال العقل بالكلية على وجه الاستمرار، فإن كان يعرض في وقت دون وقت كالصرْع فقال في «الانتصار»: المختار أن يُردّ به النكاح لما فيه من الوحشة والتنفير. وكذا يردّ به النكاح ـ أي يثبت به خيار فسخ النكاح ـ وإن لم يزل عقله بالكلية إذا كان لا يعقل الخطاب. وأما (الجذام والبرص)، فيكون كل منهما عيباً إذا كان فاحشاً أو ما يعاف معه العشرة وإن لم يفحش[10930].

٨٩٨٥ ـ سابعاً: رأي ابن القيم في العيوب الموجبة للخيار:

قال الإمام ابن القيم ـ رحمه الله تعالى ـ: «وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى ردّ المرأة بكل عيب تردّ به الجارية في البيع.. وهذا القول هو القياس، أما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو منافٍ للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له، أخبرها أنك عقيم وخيّرها. والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل

(١٠٩٢٨) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٢٤-١٢٢.

(١٠٩٢٩) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٢٥.

(١٠٩٣٠) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٥-٢٩٦.

به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم الله تعالى ورسوله ﷺ مغروراً قط، ولا مغبوناً بما غُرّ به وغبن به. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح، لم يَخفَ عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة[١٠٩٣١].

المطلب الرابع

هل العيوب محصورة بما ذكره الفقهاء

٨٩٨٦ - اختلاف الفقهاء في حصر العيوب المجيزة للتفريق:

بيّنـا في المطالب السابقة العيوب المجيزة للخيار للزوجين في فسخ النكاح لعيب يجده أحدهما في الآخر، وسواء كان هذا العيب من العيوب الخاصة بأحدهما أو من العيوب المشتركة بينهما. ونسأل هنا: هل هذه العيوب التي ذكرها الفقهاء، ذكروها على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها، أو أنهم ذكروها على سبيل التمثيل فيجوز القياس عليها؟ والجواب اختلاف بين الفقهاء، فمنهم من قال: إنها وردت على سبيل الحصر فلا يقاس عليها غيرها. ومنهم من قال: إنها وردت على سبيل التمثيل فيجوز قياس غيرها عليها. ونذكر فيما يلي هذين القولين ومن قال بهما، ثم تبيّن الراجح منهما.

٨٩٨٧ - القول الأول: العيوب جاءت على سبيل الحصر:

وهذا قول الجمهور، ومنهم: الحنابلةُ والمالكية والشافعية والجعفرية وأكثر الزيدية. كما يمكن أن نجعل من أصحاب هذا القول أبا حنيفة وأبا يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ في عيوب الزوج التي يجوز للزوجة فيها خيار الفسخ، حيث أنهما أجازا لها الخيار إذا كان الزوج مجبوباً أو عنيناً أو خصياً، ولم يجيزا لها الخيار في عيوب الزوج الأخرى. ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء القائلين بحصر العيوب المجيزة لخيار التفريق بفسخ النكاح.

٨٩٨٨ - من أقوال أصحاب القول الأول:

أ : جاء في «بداية المجتهد»: «اتفق مالك والشافعي على أن الردّ ـ أي فسخ النكاح ـ يكون من أربعة عيوب «الجنون والجذام والبرص وداء الفرج»[١٠٩٣٢].

(١٠٩٣١) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٣٠-٣١.

(١٠٩٣٢) «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٢.

ب : في كتاب «الأم» للإمام الشافعي: «ولا خيار في النكاح عندنا إلا من أربع أن يكون حلق فرجها عظماً لا يوصل إلى جماعها بحال..، أو تكون جذماء أو برصاء أو مجنونة..»[10933].

جـ : في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «ولا يثبت خيار لأحد الزوجين بغير ما ذكرنا من العيوب: كعور وعرج وقطع يد وقطع رجل وعمى، وخرس وطرش وقرع لا ريح له، وكون أحدهما عقيماً أو نضواً أي نحيفاً جداً ونحوه كسمين جداً وكسيح؛ لأن ذلك كلّه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه»[10934].

د : وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «والخيار ثابت بغيرها أي بغير العيوب المتقدمة من كل ما يعد عيباً عرفاً إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه، أو قال من كل عيب أو من كل العيوب، فإن لم يشترط السلامة فلا خيار»[10935].

هـ : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «واقتصار المصنف ـ أي الإمام النووي ـ على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها. قال في الروضة، وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور..»[10936].

و : وفي «الروضة البهية» في فقه الجعفرية: «العيوب المجوِّزة لفسخ النكاح في الرجل خمسة.. وعيوب المرأة تسعة»[10937].

في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «والذي عليه الجمهور من الأُمة أن عيوب النكاح منحصرة».

٨٩٨٩ ـ القول الثاني: العيوب ذكرها الفقهاء على سبيل التمثيل:

وأصحاب هذا القول يرون أن العيوب التي تجيز فسخ النكاح غير منحصرة بعدد معين، وأن ما ذكره الفقهاء منها إنما ذكروه على سبيل التمثيل، وعلى هذا يجوز القياس عليها، ونذكر فيما يلي بعضهم أقوالهم:

(١٠٩٣٣) «الأم» للشافعي، ج٥، ص٨٤.

(١٠٩٣٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٨.

(١٠٩٣٥) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٨٠.

(١٠٩٣٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣

(١٠٩٣٧) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٢٤، ١٢٦.

٨٩٩٠ ـ بعض أقوال أصحاب القول الثاني:

أ : روي عن الإمام الزهري ـ رحمه الله تعالى ـ أنه قال: «يردّ النكاح ـ أي يفسخ ـ من كل داء عضال»[١٠٩٣٨].

ب : وفي المبسوط للسرخسي في فقه الحنفية: «وعلى قول محمد ـ صاحب أبي حنيفة ـ لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه؛ لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقّها لمعنى فيه، فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوباً أو عنيناً»[١٠٩٣٩]. فالإمام محمد لم يقيد حقّ الزوجة بفسخ النكاح بعدد معين من العيوب، وإنما قيّده بقيد يتسع لكثير من العيوب إذ قال: «لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه..».

جـ : وجاء في «البدائع» للكاساني في شروط لزوم النكاح وقال محمد: «خلوّه ـ أي الزوج ـ من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص، شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح»[١٠٩٤٠].

د : وجاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «والذي عليه جمهور الأمة أن عيوب النكاح منحصرة. وذهب القاضي حسين أنها غير منحصرة، بل ما منع من توقان النفس وكسر الشهوة فإنه يردّ به النكاح»[١٠٩٤١].

هـ : وقال شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ: «وتُردّ المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع»[١٠٩٤٢].

و : وقال الإمام ابن القيم: «والقياس، أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، ... ثم قال ابن القيم ـ رحمه الله ـ: «ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح، لم يَخفَ عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة»[١٠٩٤٣].

(١٠٩٣٨) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص١١٢، «زاد المعاد» ج٤، ص٣١.

(١٠٩٣٩) «المبسوط» للسرخسي، ج٤، ص٩٧.

(١٠٩٤٠) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧.

(١٠٩٤١) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٤ـ٢٩٥.

(١٠٩٤٢) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٢٢.

(١٠٩٤٣) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٣١.

٨٩٩١ ـ القول الراجح:

والراجح القول الثاني، فالعيوب التي تجيز فسخ النكاح غير محصورة بعدد معين أو بنوع معين أو بأنواع معينة من العيوب، وما ذكره الفقهاء من عيوب تجيز الفسخ دون غيرها يردّ عليه أنه قد توجد عيوب لم ينصّوا عليها تساوي المنصوص عليه من العيوب في علّة الحكم بجواز الفسخ بها، فينبغي أن تساويها في الحكم أيضاً ـ أي بجواز الفسخ بها ـ. يوضح ذلك أن القائلين بجواز التفريق بالعيوب التي نصوا عليها علّلوا هذا الجواز بعلّة دفع الضرر، أو بعدم إمكان الجماع، أو يكون العيب منفراً مما يفوت مقصود الزواج من قضاء الشهوة وتحصيل النسل، أو بعلة العدوى، أو بخشية الجناية من المصاب بالعيب على الطرف الأخر كما في الجنون، ومعنى ذلك أن كل عيب تحققت فيه علّة التفريق التي ذكروها ـ بصورها المتعددة ـ ينبغي جواز التفريق بهذا العيب. ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم في تعليل الفسخ بالعيوب التي ذكروها.

٨٩٩٢ ـ أقوالهم في تعليل الفسخ بالعيوب التي ذكروها:

أ : في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «.. الجذام والبرص والجنون ونحوها، فإنها توجب نفرة تمنع من قربان المصاب بها، ويخاف منه العدوى إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف منه الجناية»[١٠٩٤٤].

ب : في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية في تعليل التفريق وفسخ النكاح بعيب البخر: «وبخرها أي نتن فرجها؛ لأنه منفر»[١٠٩٤٥].

جـ : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «قال الشافعي: وأما الجذام أو البرص، فإنه يعدي الزوج ويعدي الولد»[١٠٩٤٦].

د : وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب؛ لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع. والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره. والجب والرتق يتعذر معه الوطء.. إلخ»[١٠٩٤٧].

(١٠٩٤٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣.

(١٠٩٤٥) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٨.

(١٠٩٤٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٤٧) «المغني» ج٦، ص٦٥١.

هـ : وفي «بداية المجتهد» لابن رشد: «واختلف أصحاب مالك في العلّة التي من أجلها قصر الرّد على هذه العيوب الأربعة: (الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج) فقيل؛ لأن ذلك شرع غير معلل. وقيل؛ لأن ذلك مما يخفى، ومجمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى، وقيل؛ لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء، وعلى هذا التعليل يردّ ـ أي النكاح ـ بالسواد والقرع. وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج»[10948].

و : وفي «الهداية» في بيان مذهب محمد في الفسخ بالعيوب وتعليله: «وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام، فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ وقال محمد ـ رحمه الله ـ: لها الخيار دفعاً للضرر عنها كما في الجبِّ والعنّة بخلاف جانبه؛ لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق»[10949].

ز : وفي «الروضة البهية»، في تعليل اعتبار (الجذام) من العيوب المبررة لفسخ النكاح عند القائلين به من الجعفرية: «ولأدائه إلى الضرر المنفي، فإنه من الأمراض المعدية باتفاق الأطباء»[10950].

٨٩٩٣ ـ ويستفاد من تعليل الفقهاء للفسخ بالعيوب التي ذكروها، أنه يجوز القياس على هذه العيوب كل عيب فيه نفس العلة التي ذكروها في هذه العيوب، وقد ذكرنا قول ابن رشد صاحب «بداية المجتهد» في فسخ النكاح بالعيوب التي لم يذكرها المالكية بالقياس على ما ذكروه لتساويهما في علّة الفسخ.

٨٩٩٤ ـ ضوابط الأخذ بالقياس:

وعند الأخذ بالقياس في العيوب التي لم يذكرها الفقهاء على التي ذكروها أن نلاحظ الضوابط التالية حتى يكون القياس سليماً:

٨٩٩٥ ـ أولاً: التأكد من تحقق العلّة في العيب المنصوص عليه:

ذكر تعليل الفقهاء لفسخ النكاح بالعيب، ولكن قد يذكر الفقهاء عيباً يجيزون به فسخ النكاح، ولكن عند التأمل فيه لا تكون فيه علّة الفسخ التي هم قالوها، ومثال ذلك جعل الحنابلة (بخر الفم) أي نتنه، من العيوب المجيزة لفسخ النكاح، وكذلك عيب ما سموه: باسور وناصور،

(١٠٩٤٨) «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٣.

(١٠٩٤٩) «الهداية» ج٣، ص٢٦٨.

(١٠٩٥٠) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٢٤.

وهما داءان في المقعد، جعلوهما من العيوب المجيزة للفسخ، فينظر في هذه العيوب هل تتحقق فيه علّة الفسخ من كونها منفرة، أو مانعة من الوطء، أو مضرة بالزوج الآخر أو معدية.. إلخ. وعند التأمل لا نرى فيها علّة الفسخ، وبالتالي لا تصلح أن تكون من العيوب المجيزة للفسخ، فلا يجوز القياس عليها وهكذا.

٨٩٩٦ - ثانياً: الرجوع إلى الأطباء لمعرفة المرض المعدي:

من أوصاف العيوب المبررة للفسخ كون أحد الزوجين مصاباً بمرض معدٍ كالجذام ولا شك أن الأمراض المعدية كثيرة ومعرفتها ميسورة في الوقت الحاضر بالرجوع إلى أهل المعرفة من الأطباء مع ضرورة الاستعانة بالتحاليل المرضية والصور الشعاعية، ومعرفة مبلغ خطورة العدوى من هذا المرض المراد فسخ النكاح من أجله، وهل يمكن معالجته وأخذ الوقاية منه، وهل يستوجب فسخ النكاح بسببه أم لا، وفي ضوء ذلك يمكن أن يبين المجتهد أو القاضي الحكم الشرعي في فسخ النكاح أو عدم فسخه.

٨٩٩٧ - ثالثاً: الرجوع إلى العرف عند شرط السلامة من العيوب:

إذا اشترط الزوج سلامة زوجته من عيوب معينة، فيعتبر شرطه إذا قضى العرف باعتبار شرطه بالنسبة لهذه العيوب التي عيّنها وإن أطلق في اشتراطه السلامة من العيوب، فالمرجع إلى عرف الناس فيما يعتبرونه من العيوب للتأكد من سلامتها منها. وقد أشار إلى هذا فقهاء المالكية فقالوا: «والخيار ثابت بغير العيوب المتقدمة من سواد وقرع وعمى وعور، وعرج وشلل وقطع وكثرة أكل من كل ما يُعَد عيباً عرفاً إن شرط أحد الزوجين السلامة في الآخر منه، سواء عيّن ما شرطه بأن قال بشرط سلامتها من العيب الفلاني أو من العيوب، فإن لم يشترط السلامة فلا خيار»[١٠٩٥١]. فبشرط السلامة من العيوب، يشترط أحد الزوجين في الآخر تجب السلامة من العيوب التي صرّح بها الفقهاء، والتي يقضي بها عرف الناس أنها عيوب، وإذا لم توجد السلامة من هذه العيوب جميعاً، جاز للمشترط أن يفسخ النكاح.

٨٩٩٨ - هل العقم من العيوب المجيزة للتفريق؟

قد يكون أحد الزوجين مصاباً بالعقم - أي عدم قابليته للنسل -، فهل يبرر عقم أحد الزوجين للآخر طلب التفريق وفسخ النكاح لهذه العلّة أو لهذا العيب إذا سميناه عيباً؟ قال الحنابلة: لا يعتبر العقم مبرراً لفسخ النكاح، جاء في «شرح منتهى الإرادات»: «ولا يثبت خيار

(١٠٩٥١) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٢٨٠.

لأحد الزوجين بغير ما ذكر من العيوب كعور وعرج.. وكون أحدهما عقيماً»[10952]، وفي فقه المالكية، لا يفسخ النكاح بالعقم، فقد قالوا: «فلا ردّ به أي ولا يضر عدم النسل كالعقم»[10953].

وقال الحسن: إذا وجد الآخر عقيماً[10954]، وفي «المغني»: «وأحب أحمد تبيين أمره وقال: عسى امرأته تريد الولد. قال ابن قدامة: وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ، فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآية؛ ولأن ذلك لا يعلم فإن رجالاً لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منهما»[10955].

٨٩٩٩ ـ خبر عن عمر بن الخطاب في الرجل العقيم:

وقـد ذكر ابن القيّم خبراً عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ في الرجل العقيم فقال ـ رحمه الله تعالى ـ: «وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له، أخبرها أنك عقيم، وخيّرها»[10956]. فهذا الخبر صريح في حقّ الفسخ إذا كان زوجها عقيماً؛ لأن سيدنا عمر رضي الله عنه ـ قال له: خيّرها؛ لأنه لم يعلمها قبل عقد النكاح أنه عقيم.

٩٠٠٠ ـ القول الذي أميل إليه:

والذي أميل إليه القول بثبوت الخيار للزوجة فقط دون زوجها في فسخ النكاح؛ لأن هذا العقم يلحق بها ضرراً معنوياً لا يقل عن الضرر المادي؛ لأن المرأة تتطلع إلى أن تكون زوجة ثم تكون أماً، فإذا فاتها هذا المأمول أصابها ضيق وألم، والعيب الذي يسبب ضرراً يعتبر مبرراً للمضرور بطلب التفريق وفسخ النكاح. ومع هذا فالذي أراه لثبوت حقّ الخيار للزوجة لعقم زوجها أن يقيد بجملة قيود هي:

٩٠٠١ ـ قيود حقّ الزوجة في فسخ النكاح لعقم الزوج:

أولاً: أن لا يكون لها ولد من غيره أو منه قبل أن يصير عقيماً؛ لأنه إذا كان لها ولد، فقد أصبحت أُمّاً، وبالتالي قد حققت ما كانت تأمله وتأمله كل امرأة وهي أن تصير أُماً، وبالتالي لا

(١٠٩٥٢) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٨.

(١٠٩٥٣) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» ج٣، ص٧٨.

(١٠٩٥٤) «المغني» ج٦، ص٦٥٣.

(١٠٩٥٥) «المغني» ج٦، ص٦٥٣.

(١٠٩٥٦) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٣١.

تألم كثيراً إذا لم تلد من زوجها، فلا يكون عقمه مبرراً للتفريق وفسخ النكاح لعدم لحوق ضرر بها بالقدر الذي يبرر التفريق.

ثانياً: أن يثبت بالفحص الطبي والتحليلات الطبية عقمه وعدم احتمال زوال هذا العقم، أو يغلب على الظن ذلك إذا لم يتيسر اليقين؛ لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين فيما لا سبيل للوقوف عليه.

ثالثاً: أن يمضي على عقد النكاح وإمكان الدخول مالا يقل عن أربع سنوات، وهي فترة كافية للتثبت من عقمه ومن رغبة الزوجة بالتفريق وإصرارها عليه.

٩٠٠٢ ـ عقم الزوجة لا يبرر الفسخ والتفريق:

أمـا عقم الزوجة، فلا أراه مبرراً لطلب الزوج التفريق وفسخ النكاح؛ لأنه يمكنه الزواج بأخرى، فلا حاجة لإثبات خيار الفسخ للزوج إذا تبين له عقم زوجته؛ ولأن الأصل في النكاح عدم فسخه، والفسخ هو الاستثناء ولا نصير إلى الاستثناء إلا بمبرر مقبول وليس عقم الزوجة مبرراً مقبولاً؛ لأنه يمكنه الزواج بأخرى ـ كما قلنا ـ.

المبحث الرابع

شروط وإجراءات التفريق للعيب

٩٠٠٣ ـ تمهيد:

لا يكفي وجود العيب في أحد الزوجين لوقوع الفرقة بينهما، بل لا بدّ من توفر شروط معينة لوقوع الفرقة. ثم إذا تحققت هذه الشروط فلا تقع الفرقة حتماً؛ لأنها رخصة لمن يريد إيقاعها بسبب العيب، والرخصة لا يظهر أثرها إلا إذا اختارها صاحبها. واختيار رخصة التفريق للعيب ينبغي أن يكون في الوقت المقرر له؛ لأنه إذا فات فاتت الرخصة. وإذا اختار رخصة التفريق من يملكها فعليه أن يعلن اختياره أمام القاضي طالباً منه الحكم بفسخ النكاح. فرفع الدعوى أمام القاضي طالباً منه الحكم بفسخ النكاح. فرفع الدعوى أمام القاضي بطلب التفريق وفسخ النكاح وما يفعله القاضي من إجراءات بعد رفع الدعوى إلى حين إصدار الحكم، هو ما يمكن أن نسميه بإجراءات التفريق.

٩٠٠٤ ـ منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط التفريق للعيب.

المطلب الثاني: إجراءات التفريق للعيب.

المطلب الأول

شروط التفريق للعيب

٩٠٠٥ ـ الشرط الأول: ما يتعلق بزمن حدوث العيب:

العيب في أحد الزوجين المجيز لفسخ النكاح قد يحدث قبل عقد النكاح أو بعده، وإذا حدث بعده قد يحدث قبل الدخول بالزوجة أو بعد الدخول بها، فهل يشترط للتفريق بالعيب حدوثه في وقت معين من هذه الأوقات؟ كأن يشترط حدوثه قبل عقد النكاح، أو بعده ولكن قبل

الدخول، أم لا يهم زمن حدوث العيب من جهة إمكان التفريق بسببه؟ اختلاف بين الفقهاء يتبين بعرض أقوال فقهاء المذاهب المختلفة.

٩٠٠٦ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

يبدو أن المنظور إليه عند الحنفية هو وقت العلم بالعيب وليس زمن حدوث العيب، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إن علمت المرأة وقت النكاح أنه عنين لا يصل إلى النساء لا يكون لها حقّ الخصومة، وإن لم تعلم وقت النكاح وعلمت بعد ذلك كان لها حق الخصومة»[١٠٩٥٧]. (وجه) الاستدلال بهذا القول، أنه اعتبر وقت العلم بالعيب ولم يعتبر وقت حدوثه، فلو كان حدوث العيب قبل النكاح أو عنده ولم تعلم به المرأة إلا بعد العقد يثبت لها حقّ الخصومة في فسخ النكاح.

٩٠٠٧ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

عند الشافعية: «لا اعتبار لوقت حدوث العيب، فسواء حدث قبل العقد أو بعده، قبل الدخول أو بعده، فهذا العيب بغض النظر عن زمن حدوثه يجيز التفريق وفسخ عقد النكاح به، فقد قالوا: «ولو حدث به ـ أي بالزوج ـ بعد العقد عيب كأن جبّ ذكره تخيرت ـ أي الزوجة ـ قبل الدخول جزماً وبعده على الأصح لحصول الضرر به كالمقارن مع أنه لا خلاص لها إلا بالفسخ، بخلاف الرجل»[١٠٩٥٨]. وقالوا أيضاً: «أو حدث بها عيب تخير الزوج قبل الدخول وبعده في مذهب الشافعي الجديد، كما لو حدث به بعد العقد»[١٠٩٥٩].

وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «وإن حدث بعد العقد عيب ثبت به الخيار، فإن كان بالزوج ثبت لها الخيار؛ لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة. وإن كان بالزوجة ففيه قولان:

أحدهما: يثبت به الخيار، وهو قول الإمام الشافعي في الجديد، وهو الصحيح؛ لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج.

والقول الثاني: وهو قول الشافعي في القديم أنه لا خيار له؛ لأنه يملك أن يطلقها»[١٠٩٦٠].

(١٠٩٥٧) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٤، ولكن لو حصلت العنّة للزوج بعد أن وطأها مرّة واحدة سقط حقّها في خيار الفسخ، وسنذكر قولهم وحجته فيما بعد.

(١٠٩٥٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٥٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٦٠) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٥٢٢.

٩٠٠٨ - وفي «نهـاية المحتـاج» في فقه الشافعية شيء من التفصيل فقد جاء فيه: «ولو وجدت بالزوج بعد العقد عيب ولو بفعلها كأن جبّت ذكره تخيرت قبل الدخول وبعده لتضررها به كالمقارن إ. عنّة حدثت بعد الدخول فإنها لا تتخير لها؛ لأنها عرفت قدرته على الوطء ووصلت لحقّها منه مع رجاء زوالها، وبه فارقت - أي العنّة - الجبَّ. أو حدث عيب بالزوجة قبل الدخول أو بعده تخيَّر الزوج في قول الشافعي الجديد كما لو حدث العيب بعده»(١٠٩٦١).

٩٠٠٩ - ثالثاً: مذهب الحنابلة(١٠٩٦٢):

وعندهم، يثبت حقّ الفسخ بالعيب سواء حدث قبل العقد أو بعده ولو بعد الدخول فقد جاء في شرح «منتهى الإرادات»: «فيفسخ بكلٍ من ذلك - أي من العيوب - لما فيه من النفرة أو النقص، أو خوف تعدي أذاه أو تعدي نجاسته ولو حدث ذلك بعد دخول؛ لأنه عيب في النكاح يثبت به الخيار مقـارناً فأثبته طارئاً كالإعسار؛ ولأنه عقد على منفعه فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة» إلّا في العنّة إذا حدثت بعد الوطء ولو مرة واحدة، فلا خيار للزوجة؛ لأنه يثبت قدرته على الوطء وزالت عنّته بالوطء.

٩٠١٠ - رابعاً: مذهب المالكية:

وعندهم تفصيل يستوجب بيانه ولو بإيجاز، كما يلي:

أ : في العيوب الخاصة بالزوج، وهي الخصاء والجبُّ والعنّة والاعتراض، فإذا كان بالرجل واحد من هذه العيوب الأربعة حِين العقد ولم تعلم المرأة، فلها أن تقيم - أي تبقى في الرابطة الزوجية -، أو تفارق - أي تختار التفريق -(١٠٩٦٣). ومعنى ذلك أنها إذا لم تعلم بالعيب إلا بعد العقد فلها الخيار إن شاءت طلبت التفريق، وإن شاءت لم تطلبه.

ب : وإن حدثت بعد العقد قبل الوط، فللزوجة الخيار بالتفريق(١٠٩٦٤).

جـ : ولو حدثت هذه العيوب الخاصة بالزوج والتي ذكرناها، بعد العقد بعد الوطء ولو مرة واحدة فلا خيار للزوجة، وهي مصيبة نزلت بها(١٠٩٦٥).

د : وفي العيوب الخاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن والعفل والإفضاء والبخر، فإن الخيار

(١٠٩٦١) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٠٥.

(١٠٩٦٢) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٧-٨٨، «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١٠٩٦٣) «التاج والإكليل» للمواق على «مختصر خليل» ج٣، ص٤٨٥.

(١٠٩٦٤) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٩.

(١٠٩٦٥) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٥.

للزوج في هذه العيوب يثبت له إن وجدت قبل العقد أو حين العقد. أما الحادثة بالزوجة بعد العقد فمصيبة نزلت بالرجل إذ لا خيار له[10966].

هـ : في العيوب المشتركة وهي الجنون والجذام والبرص والعذيطة، فقد قال الفقيه الدسوقي في «حاشيته»: «إن العيوب المشتركة إن كانت قبل العقد كان لكل من الزوجين ردّ صاحبه به ـ أي بفسخ النكاح ـ، وإن وجدت بعد العقد كان للزوجة أن تردّ به الزوج، أما الزوج فليس له أن يردّ به الزوجة؛ لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إن تضرر؛ لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة، فلذا ثبت لها الخيار»[10967].

٩٠١١ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

أ : بالنسبة لعيوب الزوج:

للزوجة فسخ النكاح بجنون الزوج، سواء حدث قبل العقد أو بعده، وسواء دخل بها أو لم يدخل. أما بقية العيوب التي قد يصاب بها الزوج فإن وجدت قبل العقد اعتبرت مبرراً للفسخ. وإن حدثت بعد العقد، فلا فسخ تمسكاً بأصالة لزوم العقد واستصحاباً لحكمه مع عدم دليل صالح على ثبوت الفسخ. وقيل يفسخ بها مطلقاً نظراً إلى إطلاق الأخبار بكونها عيوباً، وهذا الإطلاق يشمل هذه العيوب، ولمشاركة العيوب الحادثة بعد العقد للعيوب الحادثة قبله في الضرر الواجب نفيه ورفعه بالفسخ[10968].

٩٠١٢ ـ ب: بالنسبة لعيوب الزوجة:

أما بالنسبة لعيوب الزوجة، فعند الجعفرية: «العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ، وما يتجدد بعد العقد والوطء لا يفسخ به، وفي التجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد أظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض»[10969].

٩٠١٣ ـ سادساً: مذهب الزيدية:

وعندهم، أن حق طلب التفريق يثبت بالعيب في أحد الزوجين للزوج الآخر إذا حدث

(١٠٩٦٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٨.

(١٠٩٦٧) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٨.

(١٠٩٦٨) «الروضة البهية» ج٢، ص١٢٤ـ١٢٦.

(١٠٩٦٩) «شرح الإسلام» ج٢، ص٣١٨ـ٣٢٠.

العيب قبل العقد أو بعده قبل الدخول، ما عدا الجنون والجذام والبرص، فإنه يترتب على هذه العيوب حقّ الخيار في التفريق ولو حدثت بعد الدخول[10970].

٩٠١٤ ـ حدوث العنّة بعد الوطء مرة واحدة:

ذكرنا أقوال الفقهاء في خيار أحد الزوجين في فسخ النكاح لعيب في الزوج الآخر، سواء حدث هذا العيب قبل العقد أو بعده. وبالنسبة لعيب العنّة في الزوج إذا حدث بعد العقد وبعد الـوطء ولو مرة واحدة، فلا خيار للزوجة في فسخ النكاح كما صرّح بذلك المالكية والحنابلة والشافعية وغيرهم[10971]. ونذكر فيما يلي حجتهم ثم نذكر ردّنا عليهم.

٩٠١٥ ـ الحجة لسقوط خيار الزوجة للعنّة بعد الوطء:

أولاً: حجة الشافعية والحنابلة[10972]:

جاء في «نهاية المحتاج» في فقه الشافية في تعليل سقوط خيار الزوجة في فسخ النكاح لعنّة زوجها بعد الوطء: «إلاّ عنة حدثت بعد الدخول فإنها لا تتخير بها؛ لأنها عرفت قدرته على الوطء ووصلت لحقّها منه مع رجاء زوالها». وجاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «فإن اعترفت المرأة أنه ـ أي زوجها ـ وطئها مرة في القُبل ولو كان الوطء في مرض يضرها فيه الوطء، وفي حيض ونحوه كنفاس أو في إحرام أو وهي صائمة وطاهرة، بطل كونه عنيناً لزوال عنّته بالوطء».

٩٠١٦ ـ ثالثاً: قول الحنفية وحجتهم:

نذكر قول الحنفية الذي أشرنا إليه بشأن سقوط خيار المرأة للعنّة ـ أي لعنّة الزوج بعد، أن وطئها ـ فقد قال الكاساني: «أما شرائط الخيار: (فمنها) عدم الوصول إلى هذه المرأة أصلاً ورأساً في هذا النكاح حتى لو وصل إليها مرة واحدة، فلا خيار لها؛ لأنه وصل إليها حقها بالوطء مرة واحدة، والخيار لتفويت الحق المستحق ولم يوجب»[10973].

٩٠١٧ ـ ثم فصل الكاساني حجة الحنفية فيما ذهبوا إليه فقال: «ولأن الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد، أي بعقد النكاح، وفي إلزام العقد ـ أي في جعله لازماً ـ عند

(١٠٩٧٠) «الروض النضير» ج٤، ص٢٩٣-٣٠٠، «شرح الأزهار» ج٣، ص٢٩٣-٢٩٥، «فرق الزواج» لأستاذنا الشيخ علي الخفيف، ص٢٧١.

(١٠٩٧١) الفقرات ٩٠٠٨-٩٠١٠.

(١٠٩٧٢) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٠٥، «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

(١٠٩٧٣) «البدائع» ج٢، ص٣٢٥.

تقرر العجز عن الوصول، أي عن وصول الزوج إلى زوجته بالوطء، تفويت المستحق بالعقد عليها وهذا ضرر بها وظلم في حقّها وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾، وقال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فيؤدي ذلك ـ أي اعتبار العقد لازماً عند تقرر العجز عن الوطء ـ إلى التناقض وذلك محال. ولأن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بقوله تعالى عزّ وجلّ: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ ومعلوم أن استبقاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، فتعين عليه التسريح بالإحسان، فإن سرح بنفسه وإلّا ناب القاضي منابه في التسريح»[10974]. وهذا التعليل إذا لم يصل الزوج إلى زوجته أصلاً، أما إذا وصل إليها مرة واحدة فقط ثم صار عنيناً، فلا خيار لها للتعليل الذي ذكره أولاً.

٩٠١٨ ـ الرد على حجة الحنفية والشافعية والحنابلة:

الحجة التي ساقها الحنفية على لسان الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ وذكر جزءاً يسيراً منها الشافعية، وأضافوا إليها (رجاء زوال عنته)، هذه الحجة، لا تصلح للقول الذي ذهبوا إليه وهو سقوط حقّ المرأة في التفريق لكون زوجها عنيناً إذا حدثت عنته بعد وطئها مرة واحدة، بل تصلح للقول ببقاء حقّها في الفسخ، ولو حدثت عنته بعد وطئها مرة واحدة. وبيان ذلك ما يأتي:

أولاً: إن حقّ المرأة في الوطء المستحق لها بعقد النكاح لا يقف عند المرة الواحدة طول حياتها الزوجية، وإنما المستحق لها بعقد النكاح وطء الكفاية الذي هو أكثر من مرة بالتأكيد كما بيّناه عند الكلام عن آثار عقد الزواج، ومنها حقوق الزوجية ومن حقوق الزوجة.

ثانياً: إن مقاصد الزواج إعفاف الزوجة وإعفاف الزوج وإيجاد النسل، وهذه المقاصد لا تحصل بالوطء مرة واحدة، فإذا كان السبب هو الزوج وجب التفريق إن أرادته الزوجة لتحقق مقاصد الزواج بزواجها من آخر.

ثالثاً: إن الاكتفاء بالوطء مرة واحدة مدة الحياة الزوجية لا يكفي للقول بتحقق «الإمساك بمعروف» كما هو واضح فليس من إمساك الزوج زوجته بمعروف أن لا يطأها طول عمرها معه إلا مرّة واحدة، وإذا لم يوجد الإمساك بمعروف تعين التسريح بإحسان، فإن سرّح بنفسه، وإلّا قام القاضي مقامه في التسريح بأن يحكم عليه بفسخ النكاح أو بالطلاق.

رابعاً: قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾، وإمساكها بلا وطء عدا مرة واحدة اضرار بها قطعاً، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والضرر يزال، وإزالته بحقّ فسخ النكاح للزوجة.

(١٠٩٧٤) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧.

خامساً: وقول الشافعية في تعليلهم: «مع رجاء زوالها أي زوال عنته» لا يصلح هذا القول حجة لقولهم؛ لأنه لم يبيّنوا المدة التي تصبر فيها الزوجة على عنّة زوجها على أمل زوالها، فالمعقول والمقبول أن يثبت لها حقّ الفسخ وهو رخصة لها وهي التي تقدر المدة التي تستطيع أن تصبر فيها، وبعدها ينفد صبرها وترفع أمرها إلى القاضي لفسخ النكاح.

سادساً: وقول الحنابلة: «إن وطئها مرة واحدة بطل كونه عنيناً» يرد عليه أن العنّة قد تطرد على السليم فيعجز بعد قدره، وقد تصيبه العنّة بعد سلامة أو بعد وطء.

٩٠١٩ ـ حدوث الجبّ والخصاء بعد الوطء:

قال المالكية: «لا ردّ لزوجة بجبّه واعتراضه وخصائه إن حصل له بعد وطئها، ولو مرة، وهي مصيبة نزلت بها، فإن لم يحصل وطء فلها القيام بحقها وفسخ النكاح»[١٠٩٧٥]. ويرد على هذا القول أن المصيبة التي نزلت بها يمكن رفعها بإعطائها حقّ فسخ النكاح. هذا، وإن معنى قولهم «واعتراضه» عدم انتشار آلته فهو في معنى «العنّة» عند غير المالكية، فيكون قولهم ـ قول المالكية ـ كقول غيرهم في سقوط خيار الفسخ للزوجة للعنة إذا حدثت بعد الوطء. أما سقوط خيار الفسخ (بالجبّ) إذا حدث بعد الوطء، فهذا لا يقول به الشافعية، فقد صرّحوا ـ كما نقلنا قولهم في الفقرات السابقة ـ بحق الزوجة في خيار الفسخ إذا حصل الجبّ بعد الوطء. ويرد على قول المالكية ما ذكرناه في ردّنا على حجة الشافعية وغيرهم في قولهم بسقوط خيار الزوجة في فسخ النكاح لعنّة الزوج الحادثة بعد الوطء.

٩٠٢٠ ـ الشرط الثاني: عدم العلم والرضا بالعيب:

ويشترط لثبوت خيار التفريق للعيب في أحد الزوجين أن لا يعلم به الزوج الآخر ولا يرضى به، فإن علمه ورضي به سقط حقّه في الخيار، ونذكر فيما يلي أقوال المذاهب المختلفة في هذا الشرط:

٩٠٢١م ـ أولاً: مذهب الحنفية:

جاء في «البدائع» للكاساني: «أما شرائط الخيار... (ومنها): أن لا تكون عالمة ـ أي الزوجة ـ بالعيب وقت النكاح حتى لو تزوجت وهي تعلم أنه عنّين فلا خيار لها؛ لأنها إذا كانت عالمة بالعيب لدى الزوج فقد رضيت بالعيب، كالمشتري إذا كان عالماً بالعيب عند البيع،

(١٠٩٧٥) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٥.

والرضا بالعيب يمنع الردّ كما في البيع وغيره. .»[10976].

٩٠٢١ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

أ: سقوط الخيار بالعلم بالعيب أو بالرضا به:

إذا علم بالعيب حال العقد، فلا خيار له؛ لأنه عيب رضي به فلم يكن له الفسخ لأجله، كما لو اشترى شيئاً معيباً مع العلم بعيبه، فإن وجد أحد الزوجين في الآخر عيباً فرضي به، سقط حقّه في الفسخ لأجله، وإن وجد عيباً غيره بعد ذلك ثبت له الفسخ لأجله؛ لأنه لم يرض به[10977].

٩٠٢٢ ـ استثناء العلم بالعنّة من سقوط الخيار:

وإذا كان العلم بالعيب مسقطاً لحق الخيار عند الشافعية، إلا أنهم استثنوا من ذلك العلم بالعنّة فإنه غير مسقط لحق الخيار، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «لو علم أحدهما بعيب صاحبه قبل العقد لا خيار له إلا في العنّة، فلو علمت بعنته قبل العقد، فلها الخيار بعده على المذهب؛ لأن العنّة تحصل في حقّ امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح. ويثبت الخيار للزوجة بالعنّة وإن كان قادراً على جماع غيرها»[10978].

٩٠٢٣ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

قالوا: يثبت الخيار لكل من الزوجين لعيب في الآخر إن لم يرضَ به، فقد جاء في «حاشية الدسوقي» في ثبوت الخيار بالعيب بأنه يثبت: «إن لم يكن العلم من الزوج السليم بالعيب سابقاً على العقد، ولم يرضَ بالعيب من علم به بعد العقد ولم يتلذذ ـ أي يتلذذ بالزوج المعيب ـ، فإن علم السليم بعيب المعيب قبل العقد فلا خيار له بعد ذلك؛ لأن عقده مع العلم بالعيب دليل على رضاه بالعيب. وكذلك إذا رضي به بعد الاطلاع عليه أو تلذذ بعد العلم به ـ أي وبعد العقد ـ فلا خيار له بعد ذلك؛ لأن تلذذه بعد العلم به دليل على رضاه، ففي الحقيقة المدار في سقوط الخيار على الرضا وما ذكر معه من العلم والتلذذ دلائل عليه[10979].

(١٠٩٧٦) «البدائع» ج٢، ص٢٣٥.

(١٠٩٧٧) «المجموع شرح المهذب» ج١٥، ص٤٢٨.

(١٠٩٧٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٧٩) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٧.

٩٠٢٤ - رابعاً: مذهب الحنابلة:

قالوا: من شروط ثبوت الخيار لأحد الزوجين بهذه العيوب - التي ذكروها - أن لا يكون عالماً بالعيب وقت العقد ولا رضي به بعد العقد، فإن علم به عند العقد أو بعده فرضي فلا خيار له. قال ابن قدامة الحنبلي: لا نعلم فيه خلافاً، لأنه رضي به[١٠٩٨٠].

٩٠٢٥ - وإن ظن العيب يسيراً فظهر كثيراً، فلا خيار له كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فظهر في كثير منه. وإن رضي بعيب فظهر به غيره فله الخيار. وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له، لأن رضاه به رضا بما يحدث منه[١٠٩٨١].

٩٠٢٦ - خامساً: مذهب الجعفرية:

جاء في كتاب الفصول الشرعية: «وإذا كان الرجل عالماً بوجود العيب حين العقد أو تجدد بعد العقد امتنع الفسخ، وإذا كان جاهلاً يفسخ عند العلم فوراً، فإن علم بالعيب ولم يفسخ كان العقد لازماً..»[١٠٩٨٢].

وفي كتاب «الأحكام الجعفرية» إذا وجدت المرأة زوجها عنّيناً لا يقدر على إتيانها (في القُبل ولا في الدبر)، ولم تكن عالمة بحاله وقت النكاح فلها أن تطلب التفريق بينها وبينه إذا لم ترضَ به»[١٠٩٨٣] ومن الواضح أن العلم بالعيب قبل العقد ثم السكوت عنه والمضي بعقد النكاح دليل على الرضا بالعيب، وكذلك إذا علمته بعد العقد وسكتت دلّ سكوتها على الرضا.

٩٠٢٧ - سادساً: مذهب الزيدية:

جاء في الروض النضير: «وعلى القول بثبوت الخيار يشترط فيه عدم العلم بالعيب، ومع العلم لا خيار له إجماعاً. قال القاضي زيد: «وذلك لأنه تصرف في المعقود عليه مع العلم بالعيب وهو يبطل خياره، كالمشتري إذا تسلم المبيع مع العلم بالعيب»[١٠٩٨٤].

وفي «شرح الأزهار» في فقه الزيدية أيضاً: «فلو علم بالعيب ولم يفسخ حينه لم يبطل خياره،

(١٠٩٨٠) «المغني» ج٦، ص٦٥٤.

(١٠٩٨١) «المغني» ج٦، ص٦٥٤.

(١٠٩٨٢) «الفصول الشرعية على مذهب الإمامية (الجعفرية)» تأليف محمد جواد مغنية، م٣٧، ص٣٠.

(١٠٩٨٣) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» تأليف عبد الكريم الحلبي» م٢٩٨، ص٧٦.

(١٠٩٨٤) «الروض النضير في فقه الزيدية» ج٤، ص٢٩٦.

بل له أن يفسخ متى شاء مالم تحدث منه قرينة رضا بذلك العيب»[١٠٩٨٥].

٩٠٢٨ ـ الرضا الصريح والرضا دلالة:

أ : عند المالكية:

والرضا بالعيب المسقط لحق الخيار قد يكون صريحاً بالقول كأن يقول الزوج السليم: رضيت بالعيب. وقد يكون الرضا ضمناً ودلالة بفعل يدل على الرضا، وبهذا صرّح المالكية، فعندهم قد يكون الرضا صريحاً بأن كان الرضا بالقول كأن يقول: رضيت. وقد يكون الرضا التزاماً ـ أي بفعل يستلزم حصول الرضا ـ مثل تمكين الزوج السليم من نفسه للمعيب. أو يكون الرضا ضمناً بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب[١٠٩٨٦].

٩٠٢٩ ـ ب: عند الحنابلة:

الرضا المسقط لحقّ الخيار بالعيب عند الحنابلة قد يكون هذا الرضا صريحاً بالقول كقوله: أسقطت الفسخ أو رضيت بالعيب. وقد يكون الرضا بفعل يدل على الرضا ويتضمنه مثل الوطء إذا كان الخيار للزوج؛ لأنه يدل على رغبته فيها ورضاه بها بالرغم من العيب فيها ـ أي بزوجته ـ، ومن الفعل الدال على الرضا: تمكين الزوجة زوجها من وطئها إن كان الخيار لها؛ لأنه دليل رغبتها فيه. وهذا الرضا بنوعيه الصريح والضمني المسقط لحقّ الخيار مشروط بالعلم بالعيب. ويلاحظ هنا أن خيار الفسخ في العنة لا يسقط بغير قول امرأة العنين أسقطت حقّي في الفسخ أو رضيت به عنيناً ولا يعتبر تمكينها لزوجها من الوطء رضا به؛ لأن تمكينه من وطئها لتعلم أزالت علته أم لا[١٠٩٨٧].

٩٠٣٠ ـ الشرط الثالث: سلامة طالب التفريق من العيب:

وهل يشترط في طالب التفريق بالعيب سلامته من العيب، أم ليس هذا بشرط؟ بمعنى أن لكل من الزوجين طلب التفريق بعيب في الآخر وإن كان هو ـ طالب التفريق ـ مصاباً بالعيب؟ في هذا الشرط تفصيل عند الفقهاء نوجزه ببيان ما عند المذاهب المختلفة في هذه المسألة.

(١٠٩٨٥) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٤.

(١٠٩٨٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٧، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٤.

(١٠٩٨٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٥، «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٨-٨٩.

٩٠٣١ ـ أولاً: مذهب الحنابلة:

الحالة الأولى: اختلاف العيبين في الزوجين:

إذا وجد أحد الزوجين في الآخر عيباً وكان هو به عيب من غير جنس عيب صاحبه كالأبرص يجد الزوجة مجنونة أو مجذومة، فلكل واحد من الزوجين الخيار في فسخ النكاح لوجود سببه. ويستثنى من هذه القاعدة أن يجد المجبوب زوجته رتقاء فلا يثبت لهما الخيار؛ لأن عيب كل منهما ليس هو المانع للآخر من الاستمتاع، وإنما المانع هو عيب نفسه[١٠٩٨٨].

٩٠٣٢ ـ الحالة الثانية: تماثل العيبين في الزوجين:

أن يجد أحد الزوجين في الآخر عيباً مثل العيب الذي هو فيه، ففيه وجهان:

الأول: لا خيار لهما لأنهما متساويان بكونهما معيبين، ولا مزية لأحدهما على الآخر فأشبها الصحيحين.

الثاني: لكل منهما الخيار لوجود سبب الخيار، وهو العيب وإن كان في كل منهما[١٠٩٨٩].

٩٠٣٣ ـ ثانياً: مذهب المالكية:

وعندهم اختلاف وتفصيل بين فقهاء المذهب، ففي «الشرح الكبير» للدردير يثبت خيار فسخ النكاح لكل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً ولو كان هو معيباً أيضاً، فعيبه لا يمنعه من طلب الفسخ[١٠٩٩٠]. ويوضح الفقيه الدسوقي هذه المسألة بقوله: «سواء كان عيبه ـ عيب طالب الفسخ ـ من جنس عيب صاحبه أو من غير جنسه، كما صرح به الرجراجي وهو ظاهر اطلاق ابن عرفة. وللخمي تفصيل ونصه: وإن اطلع كل واحد من الزوجين على عيب في صاحبه مخالف لعيبه بأن تبين أن به جنوناً وبها جذام أو برص أو داء فرج، كان لكل واحد منهما القيام بحقه من خيار الفسخ للعيب. وأما إن كانا من جنس واحد كجذام أو برص أو جنون صرع، فإن له القيام بحقّه من الخيار دونها؛ لأنه بذل مهراً لزوجة سالمة فوجدها ممن يكون مهرها أقل من ذلك للعيب الذي فيها. قال الدسوقي قال شيخنا: والأول أظهر لأن المدرك هو الضرر[١٠٩٩١].

(١٠٩٨٨) «المغني» ج٦، ص٦٥٣.

(١٠٩٨٩) «المغني» ج٦، ص٦٥٣.

(١٠٩٩٠) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٧٧.

(١٠٩٩١) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبيرة للدردير، ج٢، ص٢٧٧.

٩٠٣٤ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولا فرق في ثبوت الخيار فيما ذكر من العيوب بين أن يجد أحد الزوجين بالآخر مثل ما به من العيب أو لا. وقيل إن وجد مثل عيبه من الجذام أو البرص قدراً وفحشاً، فلا خيار له لتساويهما. ولكن يجاب عن هذا بأن الإنسان يعاف من غيره مالا يعـاف من نفسه. أما إذا كان العيب في أحدهما أكثر أو أفحش، أو اختلف العيبان في الجنس، فإن الخيار يثبت لكل منهما قطعاً[١٠٩٩٢].

وفي «المهذب» للشيرازي: «وإن وجد أحدهما بالآخر عيباً وبه مثله بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان: (أحدهما): له الخيار؛ لأن النفس تعاف عيب غيرها وإن كان بها مثله. (الثاني) لا خيار له لأنهما متساويان في النقص، فلم يثبت لهما الخيار[١٠٩٩٣].

والـظاهر أن فقهاء الشافعية المتأخرين أخذوا بالوجه الأول كما ذكرنا عن صاحب «مغني المحتاج» وهو من فقهائهم المتأخرين.

٩٠٣٥ ـ رابعاً: مذهب الزيدية:

وعندهم يثبت الخيار بالعيب لكل من الزوجين إذا وجد في صاحبه عيباً يجيز الفسخ، سواء كان هو معيباً بمثله أو لم يكن، فقد جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «وإن عمهما العيب متفقاً أو مختلفاً، فلكل منها الخيار كأن يكونا مجذومين أو أبرصين أو مجنونين فإن ذلك لا يمنع من الفسخ»[١٠٩٩٤].

٩٠٣٦ ـ الشرط الرابع: الفورية في طلب التفريق:

وإذا كان لأحد الزوجين أو كليهما حقّ طلب التفريق للعيب ـ أي خيار الفسخ ـ فهل يشترط الفورية في طلب التفريق حتى يقع التفريق أو ليس بهذا شرط؟ فيجوز على التراخي كما يجوز على الفور؟ اختلاف بين الفقهاء في المذاهب المختلفة، فمنهم من اشترط الفورية، ومنهم من لم يشترطها، ونبين أقوالهم فيما يلي:

٩٠٣٧ ـ القول الأول: اشتراط الفورية:

وأصحاب هذا القول يشترطون الفورية في طلب التفريق للعيب وإلا سقط الحقّ في التفريق

(١٠٩٩٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٩٣) «المهذب وشرحه المجموع» ج٥، ص٤٢٢.

(١٠٩٩٤) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٦.

للعيب. ومن القائلين بهذا القول الشافعية والجعفرية ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

٩٠٣٨ ـ أقوال الشافعية في شرط الفورية:

أ : جاء في «مغني المحتاج»: «والخيار في الفسخ بهذه العيوب إذا ثبت يكون على الفور؛ لأنه خيار عيب، فكان على الفور كما في البيع. والمعنى بكونه على الفور أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور ولا ينافي ذلك ضرب المدة في العنّة فإنها حينئذٍ تتحقق، وإنما يؤمر بالمبادرة إلى الفسخ بعد تحقق العيب. ولو ادّعى جهل الفورية، فقياس ما تقدم في الرّد بالعيب أنه يقبل لخفائه على كثير من الناس. ولو قال أحدهما: علمت بعيب صاحبي وجهلت الخيار قبل قوله بيمينه إن أمكن وإلا فلا[١٠٩٩٥].

ب : وفي «نهاية المحتاج»: «والخيار المقتضي للفسخ. يعيب ما مرَّ، بعد تحققه، وهو في العنّة بمضي سنة، وفي غيرها بثبوته عند الحاكم، على الفور كما في البيع بجامع أنه خيار عيب فيبادر بالرفع للحاكم»[١٠٩٩٦].

جـ : وفي «المهـذب» للشيرازي: «والخيار في هذه العيوب على الفور؛ لأنه خيار ثبت بالعيب، فكان على الفور كخيار العيب في العيب»[١٠٩٩٧].

٩٠٣٩ ـ أقوال الجعفرية في شرط الفورية:

جاء في «الروضة البهية» في فقه الجعفرية: «وخيار العيب على الفور عندنا اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الضرورة، فلو أخر من إليه الفسخ مختاراً مع علمه بها يبطل خياره، سواء الرجل أو المرأة. ولو جهل الخيار أو الفورية فالأقوى أنه عذر فيختار بعد العلم على الفور وكذا لو نسيهما»[١٠٩٩٨].

٩٠٤٠ ـ القول الثاني: لا تشترط الفورية:

وأصحاب هذا القول لا يشترطون الفورية في طلب التفريق للعيب، فيجوز طلب التفريق فوراً كما يجوز على التراخي. ومن القائلين بهذا القول الحنابلة والمالكية والحنفية والزيدية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

(١٠٩٩٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٣.

(١٠٩٩٦) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٢٠٦.

(١٠٩٩٧) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٢٨.

(١٠٩٩٨) «الروضة البهية» ج٢، ص١٢٦.

٩٠٤١ ـ من أقوال الحنابلة:

جاء في «المغني»: إن خيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط مالم يوجد ممن ثبت له ما يدل على الرضا به من القول أو الاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة. وذكر القاضي الحنبلي أن خيار العيب على الفور، فمتى أخّر الفسخ مع العلم بالعيب وإمكان طلبه، بطل خياره؛ لأنه خيار الرد بالعيب، فكان على الفور كالذي في البيع. ولكن ابن قدامة الحنبلي ردّ على هذا القول بقوله: إن الخيار للعيب ثبت لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كخيار القصاص[١٠٩٩٩].

٩٠٤٢ ـ من أقوال المالكية:

وعندهم، أن خيار الفسخ، فسخ النكاح، للعيب يثبت لصاحبه على التراخي ولا يسقط إلا بما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل صراحة أو دلالة[١١٠٠٠].

٩٠٤٣ ـ من أقوال الحنفية:

جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إن علمت المرأة وقت النكاح أنه عنين لا يصل إلى النساء لا يكون لها حقّ الخصومة، وإن لم تعلم وقت النكاح وعلمت بعد ذلك كان لها حقّ الخصومة، ولا يبطل حقّها بترك الخصومة وإن طال الزمان مالم ترض بذلك، كذا في «فتاوى قاضيخان»[١١٠٠١].

٩٠٤٤ ـ من أقوال الزيدية:

جاء في «شرح الأزهار»: «وخيارهما ـ أي الزوجين ـ على التراخي لا على الفور، فلو علم بالعيب ولم يفسخ من حينه لم يبطل خياره، بل له أن يفسخ متى شاء مالم تحدث منه قرينة رضا بذلك العيب»[١١٠٠٢].

٩٠٤٥ ـ القول الراجح:

والراجح من القولين أن خيار الفسخ للعيب يثبت لمستحقه على التراخي، فلا يشترط الفورية فيه، وقياسه على خيار العيب في البيع غير سديد؛ لأن النكاح غير البيع؛ ولأن الأصل

(١٠٩٩٩) «المغني» ج٦، ص٦٥٤.

(١١٠٠٠) «فرق الزواج» لأستاذنا الشيخ علي الخفيف، ص٢٧٢.

(١١٠٠١) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٤.

(١١٠٠٢) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٣-٢٩٤.

في النكاح اللزوم، ورغبة الشرع فيه البقاء والاستمرار لا الفسخ والانقطاع؛ ولأن حقّ الفسخ رخصة لمستحقه من الزوجين، وقد يحتاج مستحق هذه الرخصة لا سيما الزوجة إلى التأمل والصبر والانتظار إلى بعض الوقت لمصلحة يراها صاحب حقّ الفسخ وهو أعرف بمصلحته من غيره، ولا يترتب على التراخي ضرر.

المطلب الثاني

إجراءات التفريق للعيب

٩٠٤٦ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

إذا اختار من له حقّ فسخ النكاح من الزوجين، فعليه أن يطلب ذلك من القاضي بدعوى يرفعها إليه. ثم إن القاضي يسير في هذه الدعوى وينظرها وفق إجراءات معينة حتى يصدر حكمه فيها.

وعلى هذا، نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: رفع دعوى التفريق.

الفرع الثاني: إجراءات القاضي في دعوى التفريق.

الفرع الأول

رفع دعوى بالتفريق

٩٠٤٧ ـ هل يلزم رفع دعوى بالتفريق إلى القاضي:

إذا اختار التفريق من له خيار فسخ النكاح للعيب من الزوجين، فهل يلزمه أن يرفع دعوى بذلك إلى القاضي ليصدر حكمه بفسخ النكاح والتفريق بين الزوجين، أو لا يلزمه ذلك ويستطيع من له حقّ الفسخ أن يفسخ النكاح بإرادته أو باتفاقه مع الزوج الآخر؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة رفع دعوى بطلب التفريق إلى القاضي حتى تقع الفرقة بين الزوجين بحكم منه، وذهب بعض الفقهاء إلى عدم الحاجة إلى رفع دعوى بالتفريق إلى القاضي، وبعضهم اشترط الرفع إلى القاضي عند عدم التراخي بين الزوجين على فسخ النكاح، وكل هذا يتبيّن من عرض أقوال المذاهب المختلفة.

٩٠٤٨ ـ القول الأول: التفريق بحكم الحاكم:

وأصحاب هذا القول يرون أن فسخ النكاح لعيب في أحد الزوجين يحتاج هذا الفسخ إلى

حكم من الحاكم؛ لأن الفسخ للعيب مختلف فيه ومجتهد منه، فلا بدّ من حكم الحاكم؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية. والحاكم إنما يصدر حكمه في فسخ النكاح إذا رفعت إليه دعوى بطلب الفسخ، فكان رفع دعوى التفريق للعيب إلى الحاكم إجراءً لا بدّ منه لوقوع فسخ النكاح والتفريق بين الزوجين. وأصحاب هذا القول هم جمهور الفقهاء، ومنهم الحنابلة والشافعية والمالكية والحنفية، ونذكر بعض أقوالهم فيما يلي:

٩٠٤٩ ـ أ : من أقوال الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ويحتاج الفسخ ـ فسخ النكاح للعيب ـ إلى حكم حاكم؛ لأنه مجتهد فيه، فهو كفسخ العنّة والفسخ للإعسار بالنفقة»[١١٠٠٣].

وفي شرح «منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة أيضاً: «ولا يصح فسخ من له الخيار بلا حكم حاكم؛ لأنه فسخ مجتهد فيه فيفسخه الحاكم بطلب من له الخيار، أو يرده إلى من له الخيار فيفسخه»[١١٠٠٤].

٩٠٥٠ ـ ب : من أقوال الشافعية:

جاء في «المهذب»: «ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم»[١١٠٠٥]. وفي «مغني المحتاج»: «ويشترط في الفسخ بعيب العنّة رفع إلى حاكم جزماً ليفعل ما سيأتي بعد ثبوتها ـ أي ثبوت العنّة ـ، وكذا سائر ـ أي باقي العيوب السابقة يشترط في الفسخ بكل منها الرفع إلى الحاكم في الأصح؛ لأنه مجتهد فيه فأشبه الفسخ بالإعسار[١١٠٠٦].

٩٠٥١ ـ جـ : من أقوال المالكية:

جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «وأُجِّل المعتَرض (بفتح الراء) وهو من اتصف بالاعتراض أي عدم انتشار الذكر، سنة من يوم الحكم لا من يوم الرفع ـ أي إلى الحاكم ـ؛ لأنه قد يتقدم على يوم الحكم»[١١٠٠٧].

٩٠٥٢ ـ د : من أقوال الحنفية:

جاء في «الفتاوى الهندية»: «إن اختارت الفرقة أمر القاضي أن يطلّقها طلقة بائنة فإن أبى

(١١٠٠٣) «المغني» ج٦، ص٦٥٤.

(١١٠٠٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٩.

(١١٠٠٥) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٢٨.

(١١٠٠٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٥.

(١١٠٠٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٦.

فرق بينهما. . ولو وجدت المرأة زوجها مجبوباً خيّرها القاضي للحال»(11008). ومن الواضح أن القاضي إنما يأمر بالتطليق أو يخيّر المرأة، إنما يفعل ذلك في دعوى فسخ النكاح للعيب المرفوعة إليه.

٩٠٥٣ ـ القول الثاني: لا يحتاج فسخ النكاح إلى حكم الحاكم:

وهذا قول الجعفرية، فقد جاء في «الروضة البهية»: «وخيار العيب للفور ولا يشترط فيه الحاكم؛ لأنه حقّ ثبت فلا يتوقف عليه كسائر الحقوق خلافاً لابن الجنيد»(11009). ومعنى ذلك لا حاجة إلى رفع دعوى بالتفريق إلى الحاكم لإيقاع فسخ النكاح والحكم بالتفريق بين الزوجين، ومعنى ذلك أيضاً أن الزوج السليم هو يوقع الفرقة ويفسخ النكاح بعيب في الزوج الآخر. ولكن في فسخ النكاح لكون الزوج عنيناً يشترط الحاكم لضرب الأجل وليس لإيقاع الفرقة، فقد جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «يجوز للرجل الفسخ دون إذن الحاكم وكذا المرأة. نعم مع ثبوت العنن «العنّة» يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل، ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطء»(11010).

٩٠٥٤ ـ القول الثالث: الفسخ بالتراضي وإلا فبحكم الحاكم:

وهذا مذهب الزيدية، فعندهم يصح فسخ النكاح للعيب بالتراضي بين الزوجين، فإن تعذر ذلك فلا بد من رفع الدعوى به إلى الحاكم فقد جاء في شرح الأزهار: «ويصح الردّ ـ فسخ النكاح ـ بالعيب بالتراضي أي بأن يتراضيا ـ أي الزوجان ـ على الفسخ، فلا يحتاج إلى حكم حينئذٍ، وإن لم يقع بين الزوجين تراض بالفسخ، بل تشاجرا فبالحاكم أي لا يصح الفسخ إلا بأن يحكم به الحاكم، وهكذا ذكر المحصلون للمذهب»(11011). وحكي في الزوائد للقاسم والهادي والناصر أنه لا يحتاج إلى حكم حاكم مطلقاً، أي سواء تراضيا على الفسخ أو لم يتراضيا، وقد رُدَّ على هذا القول بأن المسألة فيها خلاف، فلا بدّ من حكم الحاكم(11012).

٩٠٥٥ ـ الراجح في شرط رفع الدعوى:

أولاً: بالنسبة للزوجة:

(١١٠٠٨) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٤، ٥٢٥.

(١١٠٠٩) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٢٦.

(١١٠١٠) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٢٠.

(١١٠١١) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٤.

(١١٠١٢) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٤.

والقول الراجح في شرط رفع الدعوى بفسخ النكاح للعيب لزوم هذا الشرط وضرورته، فلا يصح فسخ النكاح بدون رفع الدعوى إلى القاضي وصدور حكم منه بالفسخ أو بردّ الدعوى وهذا إذا كان صاحب الحقّ في الفسخ هو الزوجة؛ لأن الزوجة في الأصل لا تملك إيقاع الفرقة؛ ولأن الفسخ بالعيب مختلف فيه بين الفقهاء وحكم الحاكم يرفع الخلاف.

٩٠٥٦ ـ ثانياً: بالنسبة للزوج:

وإذا كان الخيار للزوج في التفريق للعيب، وقلنا إن الواقع بهذا الخيار طلاق لا فسخ، فلا يحتاج إلى حكم الحاكم، ولا إلى رفع الدعوى به؛ لأن الزوج يملك إيقاع الطلاق ابتداءً، فإذا فسخ النكاح لعيب في الزوجة بلفظ «الفسخ» أو بما يدل على الفسخ، فإن قوله هذا يحمل على الطلاق وإن ما تلفظ به من لفظ الفسخ ونحوه هو كناية عن الطلاق، والطلاق يقع بالكنايات. أما إذا قلنا بأن خيار الزوج في إيقاع الفرقة للعيب يعني فسخ النكاح، أي أن الواقع به فسخ لا طلاق، ففي هذه الحالة لا بد من رفع الدعوى إلى القاضي لإصدار حكم بفسخ النكاح والتفريق بين الزوجين؛ ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف في وقوع الفسخ بعيب أحد الزوجين.

الفرع الثاني

إجراءات القاضي في دعوى التفريق

٩٠٥٧ ـ أولاً: مذهب الحنفية

أ : إذا كان الزوج عنّيناً[١١٠١٣]:

إذا رفعت الزوجة دعوى التفريق لعنّة زوجها، وادّعت لدى القاضي أن زوجها عنّين وطلبت التفريق لهذا السبب، فإن القاضي يسأل الزوج هل وصل إليها أو لم يصل؟ فإن أقرّ أنه لم يصل إليها أجّله سنة، سواء كانت الزوجة بكراً أو ثيباً. وإن أنكر الزوج أنه عنّين وادّعى الوصول إليها ينظر: فإن كانت الزوجة ثيباً فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها لأن الثيابة دليل الوصول إلى الزوجة في الجملة، والمانع من الوصول من جهته عارض؛ لأن الأصل هو السلامة عن العيب، فكان الظاهر شاهداً له إلا أنه يستحلف دفعاً للتهمة. وإن قالت أنا بكر أمر القاضي بإراءتها للنساء، ونظر امرأة واحدة يكفي وامرأتان أوثق؛ لأن غلبة الظن بخبر أكثر من واحدة أقوى، فإن قلن: هي ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه لما قلنا: إن الثيابة دليل وصول الزوج إليها وإن

(١١٠١٣) «البدائع» ج٢، ص٣٢٣-٣٢٥، «الهداية والعناية وفتح القدير» ج٣، ص٢٦٣-٢٦٥، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٣.

قلن هي بكر فالقول قولها من غير يمين؛ لأن البكارة فيها أصل، وقد تقوت شهادتهن بشهادة الأصل.

٩٠٥٨ ـ التأجيل لمدة سنة:

وإذا ثبت أنه لم يصل إليها إما بإقراره وإما بظهور البكارة أجله القاضي سنة لأنه ثبتت عنّته، والعنين يؤجل سنة لإجماع الصحابة على ذلك؛ ولأن عدم وصوله إليها لعلّة معترضة ويحتمل أن يكون لعلّة أصلية، فلا بدّ من مدة يؤجل فيها العنين ليتبيّن لنا حاله، وقدرت هذه المدة بسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة: الشتاء والصيف والخريف والربيع، فإذا مضت السنة ولم يطأها تبين لنا أن عجزه لعلّة أصلية، وحتى إذا قلنا: إن عجزه لعلة معترضة، فإن السنة في الحالتين تكفي لأن التفريق للعنّة منوط إما لغلبة الظن بعدم زوال عنّته لكونها أصلية فيه أو لكونها بعلّة قديمة، ومضي سنة مع عدم وصوله إليها موجب لغلبة الظن هذه.. وأما إذا كان التفريق للعنّة منوط بعدم إيفاء الزوج حقّها بالوطء لأي سبب كان فالسنة جعلت غاية ـ أي جعلت أقصى مدة لصبر الزوجة على عنّته ـ فهي مدة كافية لإمهالة فتكون معتبرة شرعاً. ولكن إذا كان الزوج مريضاً لا يقدر على الوطء فلا يؤجل مالم يصح وإن طال المرض.

٩٠٥٩ ـ تمديد التأجيل:

وإذا مضت السنة ولم يصل إليها وطلب الزوج تمديد المدة وإمهاله مهلة أخرى لايجاب طلبه إلا إذا رضيت الزوجة بذلك؛ لأن السنة جعلت غاية لإعذاره وإمهاله. وإذا رضيت الزوجة بإعطائه مهلة أخرى، ثم رجعت عن ذلك جاز لها الرجوع.

٩٠٦٠ ـ وقت ابتداء سنة التأجيل:

وتبـدأ سنـة التأجيل من وقت الخصومة أي من وقت رفع الدعوى ويكون التأجيل بالسنة الشمسية لا القمرية. ويدخل في سنة التأجيل أيام شهر رمضان، وأيام حيض الزوجة ولا يعوض عنها.

٩٠٦١ ـ العوارض خلال سنة التأجيل:

أ : المــرض:

إذا مرضت الزوجة أو مرض الزوج واستوعب المرض أيام السنة كلها، يعوض بسنة أخرى، وإن لم يستوعب المرض السنة كلها، فالقاعدة أن قليل مدة المرض يعتبر من مدة السنة، ولا يعوض عنها بخلاف المدة الكثيرة، والمدة القليلة عند محمد ما دون الشهر، والكثيرة هي الشهر وما فوقه. وعند أبي يوسف نصف الشهر وما دونه قليل والأكثر من نصف الشهر كثير.

٩٠٦٢ ـ ب : الحجّ:

إذا حجّت الزوجة حجّة الإسلام بعد التأجيل لم يحتسب على الزوج مدة الحجّ، لأنه لا يقدر على منعها من حجّة الإسلام ـ أي الفريضة ـ شرعاً، فلا يتمكن من وطئها في مدة الحج شرعاً.

وإن حجّ الزوج احتسبت المدة عليه؛ لأنه يقدر أن يخرجها مع نفسه أو يؤخر الحجّ؛ لأن جميع العمر وقته. وقال الإمام محمد: إن خاصمته وهو محرم يؤجل سنة بعد الإحلال من إحرام الحجّ؛ لأنه لا يتمكن من الوطء شرعاً مع الإحرام، فتبدأ المدة من وقت يمكنه الوطء فيه شرعاً وهو ما بعد الإحلال.

٩٠٦٣ ـ لا تأجيل في بعض الحالات:

إذا كانت زوجة العنّين رتقاء أو قرناء لا يؤجل؛ لأنه لا حقّ للزوجة في الوطء لوجود المانع منه فيها، فلا معنى للتأجيل. وإن كان الزوج صغيراً لا يجامع مثله والمرأة كبيرة ولم تعلم وطلبت التأجيل لا يؤجل، بل ينظر إلى سن البلوغ وعندئذٍ يؤجل سنة. وإن كان الزوج كبيراً أو مجنوناً وهو عنّين، قالوا: لا يؤجل، وكذا ذكر الإمام الكرخي الحنفي؛ لأن التأجيل للتفريق عند عدم الوصول إلى الزوجة، وفرقة العنين طلاق والمجنون لا يملك الطلاق، وقد أيّد الإمام الكاساني قول الإمام الكرخي، وقال: والصحيح ما ذكره الكرخي أنه لا يؤجل أصلاً لما ذكرنا.

٩٠٦٤ ـ الإجراءات بعد مضي سنة التأجيل:

الحالة الأولى: الاتفاق أو الاختلاف في الوطء:

إذا مضت مدة التأجيل وهي سنة، فإن اتفق الزوجان على أنه قد وصل إليها، فهي زوجته ولا خيار لها بعد ذلك. وإن اختلفا وادّعت الزوجة أنه لم يصل إليها وادّعى الزوج الوصول إليها، ينظر:

فإن كانت الزوجة ثيباً فالقول قوله مع يمينه لما قلنا سابقاً، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن قلن هي بكر فالقول قولها، وإن قلن هي ثيب فالقول قوله لما ذكرنا.

٩٠٦٥ ـ الحالة الثانية ـ إذا لم يطأها:

وإذا ثبت أنه لم يطأها إما باعترافه وإما بظهور البكارة، فإن القاضي يخيّرها فإن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ خيّروا امرأة العنين ولنا فيهم قدوة حسنة، فإن شاءت اختارت الفرقة، وإن شاءت اختارت الزوج فبقيت معه في رباط الزوجية.

٩٠٦٦ ـ ثبوت الخيار للزوجة وحكمه:

قلنا إذا مضت سنة التأجيل للعنين ولم يصل إليها فإن القاضي يخيّرها في التفريق وعدمه وهذا هو حكم ثبوت الخيار لها أي يثبت لها بهذا الخيار طلب إيقاع التفريق أو الرضا بالزوج. فإن اختارت المقام مع الزوج بطل حقّها في طلب التفريق، ولم يبق لها خصومة في هذا النكاح من هذه الجهة لأنها رضيت بالعيب فسقط خيارها في التفريق. وإن اختارت الفرقة فرّق القاضي بينهما إذ لا تقع الفرقة بنفس اختيارها الفرقة، بل لا بدَّ من تفريق القاضي. وفي ظاهر الرواية في مذهب الحنفية أن الفرقة تقع بنفس اختيار الزوجة التفريق بلا حاجة إلى تفريق القاضي، كما في خيار المُعتَقة وخيار المُخيَّرة. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا تقع الفرقة مالم يقل القاضي: فرقت بينكما. (وجه) رواية الحسن عن أبي حنيفة، أن هذه الفرقة فرقة بطلاق بلا خلاف بين الحنفية والمرأة لا تملك الطلاق، وإنما يملكه الزوج إلا أن القاضي يقوم مقام الزوج؛ ولأن هذه الفرقة يختص بسببها القاضي وهو التأجيل لأن التأجيل لا يكون إلا من القاضي، فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة اللعان. (وجه) ظاهر الرواية، أن الفرقة تقع بنفس اختيار الزوجة الفرقة بلا حاجة إلى تفريق القاضي هو أن تخيير الزوجة من قبل القاضي هو تفويض الطلاق إليها، فكان اختيارها الفرقة تفريقاً من القاضي من حيث المعنى وليس منها، والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج.

٩٠٦٧ ـ ب: إذا كان الزوج خصياً أو خنثى عند الحنفية:

جاء في «البدائع»: «و المؤخّذ والخصي في جميع ما وصفنا مثل العنين لوجود الآلة في حقهما فكانا كالعنين، وكذلك الخنثى»(١١٠١٤)، وفي «الهداية» في فقه الحنفية أيضاً: «والخصي يؤجل كما يؤجل العنين؛ لأن وطأه مرجو»(١١٠١٥).

٩٠٦٨ ـ جـ: إذا كان الزوج مجبوباً عند الحنفية:

وإذا عرف الزوج أنه مجبوب إما بإقراره أو بالمسّ فوق الإزار، فإن كانت المرأة عالمة بحاله وقت النكاح، فلا خيار لها لرضاها بذلك، وإن لم تكن عالمة بحاله فإنها تُخيّر للحال، ولا يؤجل سنة كما يؤجل العنين؛ لأن التأجيل لرجاء الوصول إلى الزوجة، والمجبوب لا يرجى منه الوصول فلم يكن التأجيل مقيداً في حقّه، فلا يؤجل ويفرق القاضي بينهما في الحال إذا طلب الزوجة ذلك(١١٠١٦).

(١١٠١٤) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧.

(١١٠١٥) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٦٥.

(١١٠١٦) «البدائع» ج٢، ص٣٢٧، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٦٥، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٥.

٩٠٦٩ ـ وإذا وجدت زوجها الصغير مجبوباً وطلبت التفريق، فالقاضي يفرق بينهما بحضرتها في الحال ولا ينتظر بلوغه، ويكون الخصم عنه أبوه أو وصيه، فإن لم يكن له ولي ولا وصي فالجد خصم فيه، فإن لم يكن فالقاضي ينصب عنه خصماً، فإن جاء ببيّنة يبطل بها حقّ المرأة في التفريق مثل رضاها بحاله، أو أنها كانت عالمة بحاله وقت عقد النكاح لم يفرق القاضي بينهما. وإن طلب ولي الصغير تحليفها اليمين حلّفها القاضي فإن حلفت فرّق بينهما. ولو كانت الزوجة صغيرة زوّجها أبوها فتبيّن أنه مجبوب لا يفرق بينهما بخصومة الأب حتى تبلغ الزوجة، فتطلب التفريق[11017].

٩٠٧٠ ـ د : إذا كان الزوج مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص:

هذه العلل في الزوج من العيوب المجيزة للتفريق إذا طلبته الزوجة على رأي الإمام محمد صاحب أبي حنيفة خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف. فإذا رفعت الزوجة دعوى التفريق لجنون الزوج أو لجذامه أو لبرصه، فهل يحكم القاضي بالتفريق حالاً أم يؤجله كما يؤجل العنين؟ يبدو لي، إذا رجي شفاؤه من هذه العلل، فينبغي أن يؤجله القاضي مدة سنة، قياساً على العنين، فإن شفي خلال السنة فالنكاح على حاله وإن لم يشفَ وطلبت الزوجة التفريق، فرّق القاضي بينهما.

٩٠٧١ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «يثبت لواجد العيب من الزوجين الخيار في فسخ النكاح، لكن بعد ثبوت العيب عند القاضي»[11018]. ومن الواضح أن ثبوت العيب عند القاضي يكون بطرق الإثبات الشرعية ومنها الإقرار والشهادة. فإذا ثبت العيب وطلب من له الحقّ بالفسخ من الزوجين، فسخ القاضي النكاح بحكم يصدره بالفسخ. ولكن للشافعية تفصيل في فسخ النكاح للعنّة نذكره فيما يلي:

٩٠٧٢ ـ كيفية ثبوت عنّة العنين:[11019]:

قالوا: الشرط في سماع دعوى الزوجة بالتفريق لعنّة زوجها، أن يكون الزوج مكلّفاً وهي غير رتقاء ولا قرناء. فإذا سمعت دعوى التفريق هذه، فالعنّة تثبت بإقرار الزوج بها أمام القاضي، أو بشهادة الشهود على إقراره بالعنة لا على العنّة إذ لا اطلاع للشهود على ذلك. وكذلك تثبت

(١١٠١٧) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٥.

(١١٠١٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

(١١٠١٩) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٢٠٨

العنّة بيمين الزوجة بعد نكول زوجها عن اليمين المسبوق بإنكاره في الأصح. والقول الثاني المقابل للقول الأصح في المذهب: لا تُردّ عليها اليمين، ويُقضى عليه بنكوله.

٩٠٧٣ ـ إمهال العنين سنة:

إذا ثبتت عُنّة الزوج أمهله القاضي سنة لقضاء عمر ـ رضي الله عنه ـ بذلك، وحكي في هذا التأجيل الإجماع عليه. فإذا مضت السنة ولم يصل إلى زوجته علمنا أن عجزه عجز خِلْقة. وتعتبر السنة قمرية لا شمسية. وإنما يمهل سنة بطلب من الزوجة؛ لأن الحق لها، فإن سكتت لم يمهل الزوج ويكون ابتداء السنة من قرار القاضي بالتأجيل وليس من وقت ثبوت العنّة. وإذا مرضت الزوجة أو حبست السنة كلها لم تحسب هذه السنة على الزوج، وتستأنف له سنة أخرى[١١٠٢٠].

٩٠٧٤ ـ الإجراءات بعد مضي سنة الإمهال:[١١٠٢١]:

إذا ثبتت عُنّة الزوج أمهله القاضي سنة كما قلنا، فإذا انقضت سنة التأجيل أو الإمهال ولم يطأها الزوج ولم تعتزله فيها، رفعته إلى القاضي مرة ثانية لامتناع استقلالها بالفسخ. وعليها أن ترفع أمرها إلى القاضي بعد مضي سنة الإمهال فوراً. فإذا قال الزوج للقاضي قد وطأت زوجتي في مدة الإمهال أو قال وطأتها بعد مضي السنة وكانت ثيباً حلّفه القاضي إن طلبت الزوجة يمينه على وطئها، فإن حلف صُدِّق بيمينه، وإنما يصدق بيمينه مع أن الأصل عدم الوطء؛ لأن إقامة البيّنة على الجماع أمر عسير، والأصل السلامة ودوام النكاح، وإذا نكل عن اليمين حلفت الزوجة أنه لم يطأها، فإذا حلفت على ذلك أو أقرّ هو بذلك استقلت هي بالفسخ، ولكن إنما تفسخ بعد قول القاضي لها: ثبتت العنّة أو ثبت لك حقّ الفسخ فاختاري. وهذا على القول الأصح في المذهب، والقول الثاني في المذهب المقابل للقول الأصح يحتاج إيقاع الفسخ من قبلها إلى إذن القاضي لها بالفسخ؛ لأنه محل نظر واجتهاد فيفعله القاضي بنفسه أو يأذن فيه إليها.

٩٠٧٥ ـ إذا ادّعت أنها بكر:

وإذا قالت لا تزال بكراً؛ لأن الزوج لم يطأها فإن القاضي يأمر بعرضها على النساء فإن شهد أربع نسوة على أنها بكر، فالقول قولها بأن الزوج لم يدخل بها؛ لأن الظاهر يشهد لها، وتأكدت شهادة النسوة بهذا الظاهر. وهل تحلف الزوجة مع ذلك أم لا؟ فيه وجهان. وقال ابن الرفعة: لا تحلف إلا أن يطلب الزوج يمينها، فإذا حلفت ثبتت عنته وثبت لها حقّ الفسخ، وإن نكلت

(١١٠٢٠) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٢٠٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٦ـ٢٠٧.

(١١٠٢١) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٢٠٨ـ٢٠٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٦ـ٢٧.

عن اليمين ردّت اليمين على الزوج بطلبها، فإن حلف ردّت دعواها وإن نكل ثبتت دعواها، وأوقع القاضي الفسخ بطلبها.

٩٠٧٦ ـ سقوط خيار الفسخ:[١١٠٢٢]:

ولو رضيت الزوجة بعد انقضاء مدة الإمهال أو التأجيل بالمقام مع الزوج برباط الزوجية بطل حقّها في الفسخ، وكذا يبطل حقّها لو أجّلته بعد المدة المضروبة له من قبل القاضي مدة كشهر على القول الصحيح في المذهب؛ لأن خيار الفسخ على الفور والتأجيل مفوت له. والقول الثاني المقابل للقول الصحيح في المذهب: لا يبطل خيار الفسخ بالتأجيل بعد تأجيل القاضي له مدة سنة؛ لأن الزوجة هي محسنة بتأجيلها، ولكن لا يلزمها هذا التأجيل فلها طلب الفسخ.

٩٠٧٧ ـ فسخ نكاح القرناء والرتقاء:

لم يذكر الشافعية كيفية فسخ النكاح لقرن أو رتق الزوجة، ولكن يمكن القول في ضوء القواعد العامة في إجراءات التقاضي أمام القاضي: إنها إذا أقرت بأنها قرناء أو رتقاء، أخذت بإقرارها وفسخ القاضي نكاحها. وكذلك لو شهد الشهود على إقرارها. وإذا أنكرت أنها قرناء أو رتقاء عرضت على النساء، فإن شهدن بعيبها فسخ القاضي نكاحها وإلا فلا.

٩٠٧٨ ـ لا تجبر الزوجة على إزالة القرن والرتق:

قال الشافعية ليس للزوج إجبار زوجته الرتقاء على شق فرجها حتى يمكنه أن يطأها، ولكن لو شقته فعلاً فأمكن الوطء فلا خيار للزوج في الفسخ[١١٠٢٣] وقياساً على ما قالوه يمكن القول بأن الزوج لا يملك إجبار زوجته على إجراء عملية جراحية لإزالة (القرن) من فرجها، كما لا يملك إجبارها على شق فرجها.

٩٠٧٩ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

أ : بالنسبة للعنّين:

إذا أرادت الزوجة فسخ نكاحها لكون زوجها عنّيناً، ورفعت دعواها بذلك إلى القاضي، فإما أن ينكر الزوج ادّعاء الزوجة بأنه عنين، ولا بينة لها على كونه عنّيناً، وإما أن يقرّ الزوج بأنه عنّين

(١١٠٢٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٧.

(١١٠٢٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

أو يثبت ذلك بالبيّنة، ولكل من هاتين الحالتين: إنكار الزوج العنّة أو ثبوتها إجراءاتها وأحكامها الخاصة بها على النحو الذي نبيّنه فيما يأتي:

٩٠٨٠ ـ الحالة الأولى: إنكار الزوج العنّة وعدم ثبوتها:

إذا أنكر الزوج أنه عنّين ولا بينه على كونه عنيناً، وادعى أنه قد وطأ زوجته المدّعية، فإما أن تصدّقه الزوجة بأنه قد وطأها، وإما أن تنكر ذلك، ولكلٍ من تصديقها وإنكارها حكمه الخاص به على النحو التالي:

٩٠٨١ ـ تصديق الزوجة زوجها بأنه قد وطئها:

إذا صدّق الزوجة زوجها بأنه قد وطأها، ولكن ادّعت بأنه وطأها مرة واحدة ثم عجز عن الوطء بعد ذلك وصار عنّيناً، فهذا الدفع منها غير مقبول، لثبوت قدرته على الوطء باعتراف الزوجة فلا يكون عنيناً، فتردّ دعواها، وبهذا صرّح الحنابلة، فقد جاء في «العدة شرح العمدة»: «وإن أصابها مرة لم يكن عنّيناً، فأكثرهم يقولون متى وطىء امرأته مرة ثم ادّعت عجزه ولم تسمع دعواها؛ لأنه قد تحققت قدرته على الوطأ في هذا النكاح»[11024].

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة أيضاً: «فإن اعترفت المرأة أنه وطأها في القُبل ولو كان الوطأ في مرض يضرها فيه الوطأ، أو في حيض ونحوه كنفاس أو في إحرام، أو وهي صائمة، بطل كونه عنيناً لزوال عنته بالوطأ»[11025].

٩٠٨٢ ـ إنكار الزوجة الوطأ وهي بكر:

وإذا أنكرت الزوجة ادّعاء زوجها بأنه قد وطأها، وهي بكر، فإن القاضي يأمر بعرضها على امرأة ثقة، وعلى أكثر من واحدة أحوط، للتأكد من بقاء بكارتها، فإن شهدت النسوة على بقاء بكارتها، أمهله القاضي مدة سنة للتأكد من عنته أو من زوالها؛ لأن بقاءها بكراً يدل على عدم الوطأ. وإن شهدن على أن بكارتها زالت فالقول قول الزوج؛ لأن البكارة تزول بالوطأ، فقد جاء في «العدة شرح العمدة»: «وإن ادّعى الوطأ فأنكرته ـ أي الزوجة ـ فإن كانت عذراء أوريت ـ أي عرضت علي على النساء الثقات ـ ورجع إلى قولهن، فإن شهدت أنها عذراء أجلّ سنة؛ لأن الوطأ يزيل عُذرتها ـ أي بكارتها ـ فوجودها يدل على عدم الوطء، وإن شهدن أن عُذرتها زالت فالقول قوله لأنها تزول بالوطء»[11026]. وفي «كشّاف القناع» «وإن ادّعى زوج وطء بكر، فشهد

(١١٠٢٤) «العدة شرح العمدة في فقه الحنابلة» ص٣٨٩ـ٣٩٠.

(١١٠٢٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١١٠٢٦) «العدّة شرح العمدة» ص٣٨٩.

بعُذرتها ـ أي بكارتها ـ امرأة ثقة أجّله القاضي سنة، والأحوط شهادة امرأتين ثقتين»[11027].

٩٠٨٣ ـ ادّعاء الزوج أن البكارة عادت بعد زوالها بالوطأ:

وإذا ادّعى الزوج أنه أزال بكارة زوجته بوطئه ولكن بكارة زوجته عادت بعد أن وطأها، فعلى الزوجة اليمين بأنه لم يطأها لاحتمال صدق زوجها، جاء في «كشاف القناع»: «وإن لم يشهد بالبكارة أحد فالقول قوله ـ أي قول الزوج ـ لأن الأصل السلامة. وعليها ـ أي الزوجة ـ اليمين إن قال الزوج قد أزلتها ـ أي البكارة ـ ولكنها عادت، لاحتمال صدقه لكنه خلاف الظاهر، فلذلك كان القول قولها بيمينها»[11028].

٩٠٨٤ ـ إنكار الزوجة الوطء وهي ثيب:

وإذا أنكرت الزوجة أن زوجها وطأها وهي ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه، جاء في «العدة شرح العمدة»: «وإن ادعى الوطء فأنكرته.. فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه؛ لأن هذا مما يتعذر إقامة البيّنة عليه، وجانبه ـ أي جانب الزوج أقوى فإن دعواه سلامة العقد وصحته؛ ولأن الأصل في الرجال السلامة وعدم العيوب، ويُحلَّف على صحة ما قال؛ لأن قوله محتمل للكذب فرجحنا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى»[11029].

٩٠٨٥ ـ ادّعاء الزوجة زوال بكارتها بغير الوطء:

وإذا أنكر الزوج أنه عنّين وأنه دخل بزوجته وهي بكر وأزال بكارتها بوطئه، ولكن الزوجة ادّعتـة بأنـه لم يدخل بها، و أن بكارتها زالت بغير وطئه، فالقول قول الزوج بيمينه لاحتمال صدقها، جاء في «كشّاف القناع»: «وإن شهدت امرأة ثقة بزوالها ـ أي زوال بكارة الزوجة ـ بعد دعوى الزوج وطئها، لم يثبت له حكم العنّين في تأجيله سنة لبيان كذبها بثبوت زوال بكارتها. وعليه ـ أي على زوجها ـ اليمين إن قالت الزوجة زالت البكارة بغير وطئه لاحتمال صدقها»[11030].

(١١٠٢٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١١٠٢٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢-٦٣.

(١١٠٢٩) «العدّة شرح العمدة» ص٣٩٠.

(١١٠٣٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢-٦٣.

٩٠٨٦ ـ **الحالة الثانية: ثبوت عنّة الزوج:**

أ : تأجيل العنين سنة:

إن ادّعت الزوجة أن زوجها عنّين لا يصل إليها فاعترف أنه لم يصل إليها. أو لم يعترف بذلك أمام القاضي ولكن شهد الشهود بأن قد أقرّ بعنّته وبعجزه عن الوطء، فإن القاضي يمهله سنة ليتبيّن أمره وحاله، وإنما يمهله ويؤجله القاضي مدة سنة لقول الصحابة بهذا التأجيل؛ ولأن العجز عن الوطء قد يكون لعنته وقد يكون لمرضه، ومدة لإمهاله كافية لظهور وتبين حاله[١١٠٣١].

٩٠٨٧ ـ **ابتداء سنة التأجيل، وما يحتسب، ومالا يحتسب منها:**

وسنة التأجيل سنة قمرية تبدأ من وقت ترافعه إلى القاضي، ولا يحتسب من سنة التأجيل ما اعتزلته الزوجة له بالنشوز أو بغيره؛ لأن المانع منها. ولكن مدة اعتزاله هو عنها بإرادته أو بسفره لحاجة أو لغير حاجة تحتسب عليه هذه المدة من مدة سنة التأجيل؛ لأنها جاءت من قبله وفعله[١١٠٣٢].

٩٠٨٨ ـ **ما نتيجة التأجيل:**

أ : حصول الوطء[١١٠٣٣]:

إذا ادّعى الزوج وطء زوجته خلال مدة التأجيل وصدّقته الزوجة بطل كونه عنّيناً لزوال عنّته بالوطء، وانتهت دعوى الزوجة بردّها، ويكفي في زوال العنّة بالوطء تغييب حشفة ذكر الزوج أو قدرها من مقطوع الحشفة مع انتشاره.

٩٠٨٩ ـ **ب : الوطء مرة واحدة:**

وإذا ادّعى الـزوج حصـول الوطء خلال مدة التأجيل ولكن الزوجة ادّعت أنه حصل مرة واحدة، ثم عجز عن الوطء وبالتالي تريد الحكم بالتفريق، فالقاضي يردّ طلبها هذا ويردّ دعوى التفريق؛ لأن الزوج بوطئه ولو مرة واحدة، فقد ثبتت قدرته على الوطء وزالت به عنّته، فلم يبقَ وجه لدعواها بالتفريق وفسخ النكاح.

٩٠٩٠ **جـ : وطء غير الزوجة المدعية:**

ولو ادّعى الزوج أنه وطء غير الزوجة المدعيّة كأن يكون قد وطء زوجته الأخرى وصدّقته هذه

(١١٠٣١) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١١٠٣٢) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١١٠٣٣)«كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

الزوجة، أو صدقته الزوجة المدّعية، وأقر بأنه لم يطء زوجته المدّعية، فإن هذا الوطء لا يدفع عنه دعوى الزوجة بالتفريق، لأن عنته لا تزول في حقّ المدعية بوطء غيرها، وجاء في «كشّاف القناع»: «فإن وطئها في نكاح سابق أو وطىء غيرها لم تزل العنّة؛ لأنها قد تطرأ؛ ولأن حكم كل امرأة يعتبر بنفسها، والفسخ لزوال الضرر الحاصل بعجزه عن وطئها وهو لا يزول بوطء غيرها»[11034].

٩٠٩١ ـ ادّعاء الوطء وادّعاء الزوجة البكارة:

وإذا ادّعى الزوج أنه وطء زوجته خلال مدة التأجيل وأنكرت الزوجة ذلك وادّعت أنها لا تزال بكراً، فالحكم هو على التفصيل الذي ذكرناه في الحالة الأولى من حالتي العنّين وهي حالة إنكاره العنّة، وعدم ثبوتها[11035].

٩٠٩٢ ـ ادّعاء الوطء وإنكار الزوجة وهي ثيب:

وإذا ادّعى الزوج أنه وطأها خلال مدة التأجيل وهي ثيب وأنكرت الزوجة الوطء وإن كانت هي ثيباً، فالقول قولها، فقد جاء في «كشّاف القناع» إن أقر بعنته وأجله القاضي سنة وادّعى وطأها في المدة، فقولها إن كانت بكراً وشهدت ببقاء بكارتها عملاً بالظاهر، وإن كانت ثيباً وادّعى وطأها بعد ثبوت عنّته وأنكرته فالقول قولها؛ لأن الأصل عدم الوطء وقد انضم إليه وجود ما يقتضي الفسخ وهو ثبوت العنّة»[11036]. ولذلك أجّله القاضي لمدة سنة.

٩٠٩٣ ـ يؤجل العنّين إذا كان مجنوناً:

وإذا كان الزوج مجنوناً وادّعت زوجته أنه عنين لا يصل إليها، أجله القاضي سنة، وهذا ما صرح به ابن عقيل الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ وصوبّه في «الإنصاف»، والحجة لهذا القول أن مشروعية ملك الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن الوطء، وذلك يستوي فيه المجنون والعاقل[11037]. وهذا الحكم في تأجيل الزوج العنّين إنما هو في حالة ثبوت عنّته، وهذا ما جاء في «المنتهى وشرحه» ففيه: «ومجنون ثبتت عنّته كعاقل في ضرب المدة؛ لأن مشروعية الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن الوطء، ويستوي فيه المجنون وغيره، فإن لم تثبت عنته لم تضرب له مدة»[11038].

(١١٠٣٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٢.

(١١٠٣٥) الفقرات ١٣٠١، ١٣٠٢.

(١١٠٣٦) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

(١١٠٣٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

(١١٠٣٨) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٦.

٩٠٩٤ ـ إذا مضت سنة التأجيل ولم يطأ المجنون:

وإذا أجل القاضي الزوج المجنون الذي ثبتت عنّته، ومضت السنة وادّعت الزوجة عدم وصوله إليها لعجزه عن الوطء، فالقول قولها ولو كانت ثيباً؛ لأن قول المجنون لا حكم له[١١٠٣٩].

٩٠٩٥ ـ عجز الزوج عن الوطء لمعارض يزول:

وإذا كان عجز الزوج عن الوطء لعارض يزول أو مرجو الزوال لم يؤجله القاضي؛ لأن التأجيل لعنّين وهذا ليس بعنين، فقد جاء في «كشّاف القناع»: «وإن علم أن عجز الزوج عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم يضرب له القاضي مدة؛ لأنه ليس بعنين وعارضه يزول كما في الصغر أو مرجو الزوال كما في المرض[١١٠٤٠].

٩٠٩٦ ـ العجز عن الوطء لعارض لا يزول:

وإذا كان عجز الزوج عن الوطء لعارض لا يزول أو لا يرجى زواله، أجّله القاضي ونزّله منزلة العنّين في أصل الخِلْقة، جاء في «كشّاف القناع»: «وإن كان عجزه عن الوطء لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة ـ أي أجله القاضي سنة ـ كالخلقي ـ أي كالعجز الخلقي ـ؛ لأن عارضه لا يرجى زواله»[١١٠٤١].

٩٠٩٧ ـ ب : بالنسبة للمجبوب عند الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع»: «إذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً ـ أي مقطوع الذكر كلّه أو بعضه ـ بحيث لم يبق منه ما يطأ به، فلها الفسخ في الحال». . فإن جُبّ بعض ذكره وأمكن وطؤه بالباقي فادّعاه ـ أي ادّعى إمكان وطئه بالباقي من ذكره وأنكرته الزوجة قبل قولها بيمينها؛ لأنه يضعف بالقطع، والأصل عدم الوطء»[١١٠٤٢].

٩٠٩٨ ـ وإذا كان المقطوع من ذكر الزوج حشفة الذكر، فالذي يتحقق به الوطء منه تغييب

(١١٠٣٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

(١١٠٤٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

(١١٠٤١) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

(١١٠٤٢) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦١، ويلاحظ هنا أن قولهم: «فلها الفسخ في الحال» في حال قطع الذكر كلّه أو بعضه بحيث لم يبق ما يطأ به، لا يعني هذا أن الزوجة تفسخ النكاح بنفسها دون حاجة إلى الرجوع إلى القاضي ورفع دعوى بفسخ النكاح، فقد ذكرنا قول الحنابلة بأن الفسخ للعيب يحتاج إلى حكم حاكم، انظر الفقرة ١٢٦٨، وعلى هذا فالمقصود بقولهم: «لها الفسخ في الحال» أي برفع الدعوى فإذا ثبت ادعاؤها لم يؤجله القاضي كما يؤجل العنين، إذ لا فائدة من التأجيل.

قدر الحشفة في فرج الزوجة[11043].

٩٠٩٩ ـ بالنسبة للخصي عند الحنابلة:

وحكم الخصي من حيث الإجراءات التي تُتّخذ بحقّه إذا رفعت زوجته الدّعوى بفسخ النكاح، مثل حكم العنّين وإن لم يذكر الحنابلة ذلك؛ لأن الخصي يعجز عن الوطء أو يضعف عنه جداً فهو كالعنّين، جاء في «شرح منتهى الإرادات» في العيوب التي تختص بالرجل: «أو قطع خصيتاه أو رضت بيضتاه أو سُلّتْ بيضتاه؛ لأن فيه ـ أي في الرجل الذي قطعت خصيتاه ـ نقصاً يمنع الوطء أو يضعفه»[11044].

٩١٠٠ ـ د : بالنسبة للعيوب الأخرى عند الحنابلة:

أما إجراءات الفسخ بالنسبة للعيوب الأخرى عند الحنابلة، فإن إثبات العيب المدّعى به يخضع في إثباته لقواعد الإثبات العامة من إقرار صاحب العيب به ومن مشاهدة العيب كالجذام والبرص، وشهادة أهل الخبرة بأنه جذام أو برص.

٩١٠١ ـ الاختلاف في وجود العيب[11045]:

وإذا اختلفا ـ الزوجان ـ في وجود العيب كما لو اختلفا في بياض في جسد المدعى عليه هل هو بهق أو برص، أو اختلفا في علامات الجذام مثل ذهاب شعر الحاجبين هل هو من الجذام أم لا، فإن كان للمدعي بينة من أهل الخبرة على ما يدّعيه من عيب في الزوج الآخر المدّعى عليه يشهدون له بما يدّعيه، ثبت الادّعاء بوجود العيب، وإن لم تكن للمدّعي بينة على ما يدعيه من عيب في صاحبه ـ الزوج الآخر ـ وجب تحليف المنكر للحديث النبوي الشريف: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر». والقول قوله أي قول المنكر بيمينه حيث لا بيّنة على عيبه.

٩١٠٢ ـ وإذا اختلفا في عيوب النساء تحت الثياب عرض القاضي الزوجة المدّعى عليها على النساء الثقات للتأكد من العيب كالقرن والرتق، ويقبل قول امرأة ثقة واحدة ذات خبرة فيكتفى بشهادتها؛ لأنه محلّ حاجة والأحوط شهادة اثنتين. فإن شهدت بوجود العيب عمل بشهادتها، وإلا فالقول قول الزوجة في عدم وجود العيب؛ لأن الأصل السلامة منه.

(١١٠٤٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

(١١٠٤٤) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٨٣.

(١١٠٤٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٣.

٩١٠٣ ـ تعقيب على قول الحنابلة في الاختلاف بشأن العيب:

والراجح في اختلاف الزوجين في وجود العيب الذي يدعيه المدعي الاستعانة بأهل الخبرة كالأطباء وبالنساء الثقات كالطبيبات فيما يخص العيوب الخاصة بالنساء أو المشتركة بينهن وبين الرجال، وأن لا يكتفي بشهود المدعي الذي يدعي بخبرتهم؛ لأن هذه العلل التي يراد فسخ النكاح بسببها يمكن معرفتها والتأكد من وجودها عن طريق أهل الخبرة من الأطباء فيجب الاستعانة بهم، وأرى أن يكون ذلك بقرار من القاضي بعرض صاحب العيب على طبيبين أو أكثر في عيوب الرجال، وطبيبتين أو أكثر على عيوب النساء. مع الأخذ بشهادتهم حول العيب من جهة رجاء زواله أو عدم هذا الرجاء، فإن رُجي زواله بمدة قصيرة لا تتجاوز السنة أجله القاضي قياساً على تأجيل العنّين.

٩١٠٤ ـ ما يفعله القاضي بعد ثبوت العيب:

فإذا ثبت العيب سواء الذي استوجب الإمهال كالعنّة، ومضت مدة الإمهال وبقي العيب، أو العيب الذي لا يستوجب الإمهال كالمقطوع ذكره ـ المجبوب ـ بحيث لا يتأتى منه الوطء، وكذلك العيوب الأخرى التي يقرر أهل الخبرة الثقات أن لا رجاء في زوالها، فإن القاضي يُخيِّر الزوجة في البقاء في الرابطة الزوجية أو فراق زوجها بفسخ النكاح، فإن اختارت فراقه فرّق الحاكم بينهما، جاء في «العدة شرح العمدة»: «ومتى وجد أحد الزوجين الآخر مجنوناً أو أبرص أو مجذوماً، أو وجد الرجل المرأة رتقاء أو وجدته مجبوباً، فله فسخ النكاح إن لم يكن علم ذلك قبل العقد، ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم، وإن ادّعت المرأة أن زوجها عنّين لا يصل إليها فاعترف أنه لم يصبها أجل سنة منذ ترافعه، فإن لم يصبها خيّرت ـ أي خيّرها الحاكم ـ في المقام معه أو فراقه، فإن اختارت فراقه فرّق الحاكم بينهما؛ لأن التفريق لا يجوز إلا بحكم حاكم»[١١٠٤٦].

وفي «كشّاف القناع»: «ولا يصح فسخ في خيار العيب وخيار الشرط إلا بحكم حاكم»[١١٠٤٧].

٩١٠٥ ـ زوال العيب قبل تفريق القاضي يسقط الفسخ:

ومتى زال العيب قبل صدور حكم القاضي بفسخ النكاح للعيب، سقط حقّ الزوج الآخر في الفسخ لزوال سببه قبل اقتران حكم القاضي به، جاء في «كشّاف القناع»: «ومتى زال العيب

(١١٠٤٦) «العدّة شرح العمدة» ص٣٨٨-٣٨٩.

(١١٠٤٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٦.

قبل الفسخ، فلا فسخ لزوال سببه كالمبيع يزول عيبه»[11048].

٩١٠٦ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

رفع الدعوى إلى القاضي ودفعها:

إذا ادّعى أحد الزوجين على الآخر أن فيه عيباً يجيز فسخ النكاح، فدفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعي كان عالماً بالعيب، أو أنه رضي به بعد علمه به وأنكر المدّعي العلم والرضا، فله ـ أي للمدعي عليه ـ تحليف المدعي على عدم علمه بالعيب ورضاه به بعد علمه، فإن حلف المدّعي ثبت له خيار الفسخ، وإن نكل عن الحلف ردّ القاضي اليمين على المدعى عليه، فإن حلف ردّت الدعوى، وإن نكل عن اليمين ثبت للمدعي خيار الفسخ[11049].

٩١٠٧ ـ وسائل الوقوف على العيب:

إن ادّعى الرجل عيباً في زوجته في فرجها، وأنكرت ذلك قرر الحاكم إراءتها إلى النساء ليشهدن بوجوده إن وجدن العيب كالرتق، أو ليشهدن بعدم وجوده إن لم يجدن العيب المُدّعى به، وإن ادّعت الزوجة عيباً في زوجها مما ينفرد به الرجال، فأما المجبوب وهو المقطوع الذكر والأنثيين، والخصي وهو المقطوع أحدهما فيعرفان بالجسّ على الثوب، وكذلك الحصور وهو المخلوق بغير ذكر أو بذكر صغير جداً لا يتأتى إيلاجه. وأما العنين أو المعترضَ فإن أنكر فهو مُصدَّق[11050].

٩١٠٨ ـ القاضي يضرب الأجل للمعيب[11051].

ويضرب القاضي الأجل للمعيب إذا ثبت عيبه، وكان عيبه من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء، أو كان من العيوب المختصة بالرجال إذا رُجِي برؤها، وإلا فلا فائدة من التأجيل وللزوجة مدة الأجل النفقة على زوجها.

٩١٠٩ ـ مدة الأجل للزوج:

ومدة الأجل للزوج سنة قمرية من يوم قرار القاضي بها لا من يوم رفع الدعوى، فإن لم

(١١٠٤٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٥.

(١١٠٤٩) «الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي» ج١، ص٤٢٤.

(١١٠٥٠) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٣٨.

(١١٠٥١) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٤٢٥-٤٢٧، و«الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٨٠-٢٨٢.

يترافعا وتراضيا على التأجيل فمن يوم التراضي. وإذا مرض الزوج بعد قرار التأجيل، فعند الإمام اصبغ، إن عمّ المرض السنة استؤنفت له، وإن مرض بعض السنة لم يعوض عن أيام مرضه. وقال الفقيه ابن رشد المالكي: يعوض عن أيام مرضه، ويزاد على مدة التأجيل بقدر أيام مرضه إن كان مرضه شديداً[11052].

٩١١٠ ـ ما يفعله القاضي بعد إمهال الزوج العنّين[11053]:

وإذا أمهل القاضي الزوج العنّين بأن ضرب له أجلاً معيناً، فادّعى الوطء في مدة التأجيل،ي فإن القاضي يصدّقه بيمينه، فإن نكل عن اليمين حلفت الزوجة أنه لم يطأها، وفرّق القاضي بينهما قبل انقضاء سنة التأجيل إذا أرادت الزوجة ذلك. وإن نكلت الزوجة عن الحلف كما نكل هو بقيت المدة إلى تمام الأجل أي إلى تمام السنة؛ فإن لم يدّع الوطء بعد تمام السنة وطلبت الفراق، أمره الحاكم بتطليقها فإن طلّق فبها، وإن لم يطلّقها وامتنع عن طلاقها فالمشهور أن الحاكم يطلّقها بأن يقول: طلّقتها عليك، أو هي طالق منك، أو نحو ذلك. وفي قول آخر في المذهب أن الحاكم يأمرها بإيقاع الطلاق بأن تقول: طلقت نفسي منه، أو نحو ذلك.

٩١١١ ـ الخيار للزوجة بعد مضي سنة التأجيل[11054]:

وإذا مضت سنة التأجيل دون أن يطأها الزوج، فللزوجة الخيار في البقاء في الرابطة الزوجية والمقام مع زوجها للتروي والتأمل والنظر في أمرها مدة معينة أو مطلقاً ودون حاجة إلى أن يحدد القاضي لها مدة معينة، ولها أن ترجع عن رضاها بالبقاء معه وتطلب من القاضي التفريق.

٩١١٢ ـ خيار زوجة المجذوم بعد مضي مدة التأجيل:

أما زوجة المجذوم إذا طلبت فراقه، فأجله القاضي على أمل شفائه، وبعد انقضاء الأجل الذي عيّنه القاضي دون شفائه، ورضيت الزوجة بالمقام معه فلها ذلك، فإذا أرادت الرجوع عن رضاها والعودة إلى طلب التفريق منه، فينظر: فإن كانت قد قيّدت مقامها معه مدة معينة، ففي هذه الحالة يكون لها طلب الفراق دون حاجة إلى أجل ثانٍ للزوج من قبل القاضي. وإن لم تقيّد مقامه معها بمدة معينة، بل رضيت بالمقام معه أبداً ثم أرادت الفراق، فقد قال ابن القاسم: ليس لها ذلك إلا أن يزيد الجذام، وقال أشهب: لها ذلك وإن لم يزد الجذام[11055]. ويمكن

(١١٠٥٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٨٠-٢٨٢.

(١١٠٥٣) «الشرح الصغير» للدردير، و«حاشية الصاوي» ج١، ص٤٢٦.

(١١٠٥٤) «الشرح الصغير» للدردير، و«حاشية الصاوي» ج١، ص٤٢٦.

(١١٠٥٥) «حاشية الصاوي على الشرح الصغيرة للدردير» ج١، ص٤٢٦.

أن يقاس البرص ونحوه على ما قالوه في الجذام بالنسبة لزوجة المجذوم.

٩١١٣ ـ الإمهال للزوجة المعيبة:

وإذا ادّعى الزوج بعيب في زوجته وأراد التفريق للعيب، فإن القاضي يمهلها في أي عيب من العيوب المختصة بالنساء كالرتق حيث رُجِيَ زوال عيبها بالعلاج. ويقدّر القاضي الأجل أي مدة الإمهال باجتهاده في ضوء ما يشير به أهل الخبرة وأهل المعرفة بالطب، ولكن لا تُجبَر الزوجة على التداوي والعلاج إذا أراده الزوج ورفضته الزوجة إن كان الرتق الذي فيها خلقة. وأما إذا طلبت الزوجة التأجيل للتداوي والعلاج إذا أراده الزوج ورفضته الزوجة إن كان الرتق الذي فيها خلقة. وأما إذا طلبت الزوجة التأجيل للتداوي والعلاج وكان الرتق فيها خلقة وأبى الزوج ذلك، فإن القاضي يجيب طلبها ويؤجلها ما دام لا يحصل بهذا التداوي والعلاج عيب فيها، فإن كان فلا بد من رضا الزوج[١١٠٥٦].

٩١١٤ ـ خامساً: مذهب الزيدية[١١٠٥٧]:

أ : قالوا: يثبت الفسخ بالعنّة إذا لم يطأها الزوج ولو مرة واحدة، فلو وطئها مرة واحدة ثم صار عاجزاً عن وطئها لم تستحق عليه فسخ النكاح.

ب : فإن لم يحصل منه وطء قط فإن الحاكم يؤجله مدة حتى يتبين حاله، وقد اختلفوا في تقدير مدة التأجيل، فقال بعضهم: هي سنة شمسية لا قمرية، وقال آخرون: إنها أقل من سنة، وقال غيرهم متروك تقديرها لاجتهاد القاضي، وإذا حصل ما يمنع من الوطء عادة عوض عن ذلك. وتحتسب عليه أيام رمضان؛ لأنه يمكنه الوطء ليلاً، وكذا احتسب عليه أيام الحيض.

٩١١٥ ـ فإذا انقضت أيام الإمهال ولم يطأها الزوج، فهل يكفي فسخ النكاح من قبل الزوجة، أو لا بدّ من فسخ حاكم؟ فذهب بعضهم إلى عدم الحاجة إلى الحاكم، وقال آخرون: لا بدّ من حكم حاكم بالفسخ، ولا يكفي فسخها بنفسها وهو الأقرب والأولى؛ لأن المسألة خلافية.

٩١١٦ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

أ : الفسخ للعنّة:

قالوا: يفسخ النكاح لعنّة الزوج، وشرط العنّة العجز عن الوطء في القُبل والدُبر منها ومن

(١١٠٥٦) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٣.

(١١٠٥٧) «شرح الأزهار» ج٢، ص٣٠٠-٣١١.

غيرها، فإن وطئها في ذلك النكاح ولو مرة أو طيء غيرها فليس بعنين. ومع تحقق العجز عن ذلك أجمع فإنما تفسخ الزوجة النكاح بعد رفع أمرها إلى الحاكم وإمهال الحاكم له سنة من حين الترافع إليه، فإذا مضت السنة ولم يطأها جاز لها الفسخ حينئذٍ ولو لم تطلب ذلك من الحاكم ليفسخ النكاح؛ لأن حكم الحاكم إنما يشترط لضرب الأجل للعنين، ولا يشترط حكم الحاكم لفسخ النكاح بعد مضي مدة الأجل(١١٠٥٨).

٩١١٧ - ب : الفسخ للجذام(١١٠٥٨) :

وقالوا في الفسخ للجذام، وشرط الفسخ بالجذام تحققه بظهوره على البدن أو بشهادة عدلين أو تصادق الزوجين عليه، ولا يكفي مجرد ظهور أماراته وعلى كل حال فالمعول عليه تحقق الجذام وحصوله(١١٠٥٩).

٩١١٨ - فسخ نكاح الرتقاء والقرناء :

وفي فسخ نكاح الزوجة الرتقاء والقرناء، قالوا: لا خيار للزوج في فسخ نكاح زوجته الرتقاء أو القرناء إذا كان وطؤها ممكناً بعد علاجه بفتق الموضع أو قطع المانع من الوطء، إلا أن تمتنع الزوجة من العلاج إذ لا يجب عليها العلاج لما فيه من تحمل الضرر والمشقة. كما أنها لو أرادت العلاج لم يكن لزوجها منعها منه؛ لأنه علاج وتداوٍ ولا تعلق له به(١١٠٦٠).

٩١١٩ - بعض قواعد البينات في الفسخ للعيب(١١٠٦١) :

وعند الجعفرية بعض قواعد البينات في فسخ النكاح للعيب، نذكرها فيما يلي:

أ : يقدم قول منكر العيب مع عدم البيّنة لأصالة عدمه، أي لأن الأصل عدم العيب، فيكون على مدّعي العيب تقديم البيّنة وعلى منكره اليمين.

ب : إذا كان العيب مما يحتاج لمعرفته الخبرة كالجذام والبرص، اشترط في الشاهدين مع عدالتهما الخبرة فيما يشهدان فيه بحيث يقطعان بوجود العيب.

جـ : وإن كان العيب لا يعلمه غالباً إلا صاحبه ولا يُطلع عليه إلا من قبله كالعنّة، فطريق

(١١٠٥٨) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٢٥.

(١١٠٥٩) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٢٥.

(١١٠٦٠) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٢٦.

(١١٠٦١) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٢٦-١٢٧.

ثبوته إقراره أو البيّنة على إقراره، أو اليمين المردودة من المنكر، أو من الحاكم مع نكول المنكر عن اليمين.

د : في العيوب الظاهرة كالجب والخصاء يكفي لثبوتهما شهادة الشاهدين العدلين إذ لا يستلزم معرفتهما أو العلم بهما خبرة معينة.

هـ : وفي العيوب الباطنة للنساء، تثبت بإقرارهن أو بشهادة أربع نسوة.

المبحث الخامس

آثار التفريق للعيب

٩١٢٠ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

الكلام في آثار التفريق للعيب يقتضي بيان نوع الفرقة التي تقع بهذا التفريق، وهل هي فرقة طلاق أو فرقة فسخ؟ كما يقتضي بيان ما يجب للزوجة من مهر في هذا التفريق. وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيب.

المطلب الثاني: ما يجب من مهر في التفريق للعيب.

المطلب الأول

نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيب

٩١٢١ ـ اختلاف بين الفقهاء:

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيب فمنهم من قال: إنها فرقة طلاق، ومنهم من قال: إنها فرقة فسخ. ونذكر فيما يلي هذين القولين، ومن قال بهما وأدلة كل قول.

٩١٢٢ ـ القول الأول: إنها فرقة طلاق:

وممن قال بهذا القول الحنفية والمالكية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

٩١٢٣ ـ بعض أقوال الحنفية:

جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «وإذا كان الزوج عنّيناً أجّله الحاكم سنة، فإن وصل إليها وإلا فرّق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك.. فإذا مضت المدة ولم يصل إليها فات الإمساك بالمعروف، ووجب عليه التسريح بالإحسان ـ وهو الطلاق ـ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرّق بينهما، وتلك الفرقة تطليقة بائنة؛ لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها

بنفسه»[11062]، وإنما تقع هذه التطليقة بائنة لا رجعية: «لأن الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقّها، دفعاً للضرر والظلم عنها، وهذا لا يحصل إلا بالبائن؛ لأنه لو كان رجعياً يراجعها الزوج من غير رضاها، فيحتاج إلى التفريق ثانياً وثالثاً فلا يفيد التفريق فائدته»[11063].

٩١٢٤ ـ بعض أقوال المالكية:

فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير وحاشية الدسوقي: «وإن لم يدعه بعد، السنة أي وإن لم يدع الوطء بعد تمام السنة، بل وافقها على عدمه فيها، أو سكت ولم يدع وطأً ولا عدمه، طلّقها إنَ شاءت الزوجة بأن يأمره الحاكم به، فإن طلّقها فواضح وإلاّ يطلقها بأنَ أبى، فهل يطلّق عليه الحاكم أو يأمرها به، أي يأمر الزوجة بإيقاع الطلاق كطلقت نفسي منك في معناه كأنا طالق منك، ويكون كل من طلاق الحاكم وطلاقها بائناً لكونه قبل البناء، ثم يحكم به الحاكم ليرفع خلاف من يرى أن طلاق المرأة لا يقع أصلاً؟ قولان ـ أي لفقهاء المالكية ـ»[11064]. وهذا وإن ذكـروه في التفريق للعنّة، ولكن على ما أرى يشمل التفريق للعيوب الأخرى كالجذام مثلاً، فتكون الفرقة به فرقة طلاق.

٩١٢٥ ـ القول الثاني: إنها فرقة فسخ:

وأصحاب هذا القول يرون بأن الواقع بالتفريق للعيب فرقة فسخ لا فرقة طلاق، ومن القائلين بهذا القول الشافعية والحنابلة والجعفرية والزيدية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

٩١٢٦ ـ من أقوال الشافعية:

أ : قال الإمام الشافعي في زوجة العنّين: «وإن شاءت فرقته فسخ نكاحها، والفرقة فسخ بلا طلاق؛ لأنه يجعل فسخ العقد إليها دونه»[11065].

ب : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وجد أحد الزوجين بالآخر جنوناً أو جذاماً. . ثبت الخيار في فسخ النكاح»[11066].

(١١٠٦٢) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٦٣-٢٦٤.

(١١٠٦٣) «البدائع» ج٢، ص٣٢٦.

(١١٠٦٤) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٢٨٢-٢٨٣.

(١١٠٦٥) «كتاب الأم» للشافعي، ج٥، ص٤٠.

(١١٠٦٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٢.

٩١٢٧ - من أقوال الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يصحّ فسخ خيار العيب إلا بحكم حاكم... والفسخ لا ينقص عدد الطلاق لأنّه ليس بطلاق»[١١٠٦٧]. ومعنى ذلك أنه لو فسخ نكاحها لعيب فيه أو فيها ثم تزوجها، فإنه يملك عليها ثلاث تطليقات؛ لأن الفرقة الأولى فسخ لا طلاق.

٩١٢٨ - من أقوال الجعفرية:

أ : في «شرائع الإسلام»: «والفسخ بالعيب ليس بطلاق»[١١٠٦٨].

ب : في «الروضة البهية»: «وخيار العيب على الفور وليس الفسخ بطلاق، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق ولا يُعدّ في الثلاث»[١١٠٦٩].

٩١٢٩ - من أقوال الزيدية:

جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «العيوب التي ينفسخ بها النكاح.. وخيارهما يكون على التراخي لا على الفور، فلو علم بالعيب ولم يفسخ من حينه لم يبطل خياره، بل له أن يفسخ متى شاء[١١٠٧٠].

المطلب الثاني

ما يجب من مهر في التفريق للعيب

٩١٣٠ - أولاً: مذهب الحنفية:

أ : جاء في «البدائع» في التفريق لعيب العنّة في الزوج «ولها المهر كاملاً، وعليها العدة بالإجماع إن كان الزوج قد خلا بها، وإن كان لم يخلُ بها فلا عدة عليها، ولها نصف المهر إن كان مسمى، والمتعة إن لم يكن مسمى»[١١٠٧١].

ب : وجاء في «الهداية وفتح القدير»: «ولها كمال مهرها إن كان خلا بها لأن خلوة العنّين صحيحة إذ لا وقوف على حقيقة العنّة؛ لجواز أن يمتنع من الوطء اختياراً تعنتاً، فيُدَارُ الحكم

(١١٠٦٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٦.

(١١٠٦٨) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٢٠.

(١١٠٦٩) «الروضة البهية» ج٢، ص١٢٦.

(١١٠٧٠) «شرح الأزهار» ج٤، ص٢٩٣-٢٩٤.

(١١٠٧١) «البدائع» ج٢، ص٣٢٦.

على سلامة الآلة»[11072]. ولأن المرأة قد سلمت نفسها إلى زوجها فيجب عليه البدل، وقد دلّ على هذا قضاء عمر بن الخطاب وعلي ـ رضي الله عنهما ـ حيث قال: ما ذنبهنّ إذا كان العجز من قبلكم.[11073]

٩١٣١ ـ ما يخلص لنا من أقوال الحنفية:

ويخلص لنا من هذه النقول أن العنين ونحوه إذا خلا بالزوجة فخلوته صحيحة ويجب فيها المهر كاملاً، وإن لم يخل بها فيجب لها عليه نصف المهر المسمى، وإن لم يكن مهر مسمى ولم يخل بها، فلها المتعة ـ كما سنبينها فيما بعد ـ.

٩١٣٢ ـ ثانياً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي»: «إن وقع الاختيار ـ أي اختيار الفرقة مع الردّ قبل البناء ـ فلا صداق لها، سواء وقع بلفظ الطلاق أو غيره، لأنه إن كان العيب بها فهي مدلّسة، وإن كان به فهي مختارة لفراقه. وإن وقع الرّد بعد البناء ـ الدخول بها ـ فمع الرّد بسبب عيب الزوج ولو كانت هي معيبة أيضاً يجب لها المهر المسمى لتدليسه، وهذا إذا كان يتصور وطؤه كمجنون ومجذوم وأبرص، فإن كان لا يتصور وطؤه كالمجبوب والعنّين والخصي ومقطوع الذكر، فإنه لا مهر على من ذكر كما قال ابن عرفة»[11074].

٩١٣٣ ـ وإن ردّها الزوج بعد البناء بها لعيبها رجع به الزوج ـ أي رجع بالمهر الذي وجب عليه للزوجة ـ على وليّها الذي تولّى العقد ولم يخفَ عليه حالها؛ لكونه مخالطاً لها كأبيها وأخيها وابنها لتدليسه على الزوج بكتمان عيبها؛ لأنه لما كان مخالطاً لها وعالماً بعيوبها وأخفاها على الزوج صار غاراً له ومدلّساً عليه؛ فلذلك كانت الغرامة عليه وحده، وهذا إن كانت الزوجة غائبة عن مجلس عقد النكاح إذ لا شيء عليها في هذه الحالة من المهر الذي أخذته من الزوج، فلا رجوع للولي ولا للزوج عليها. ولكن للزوج حقّ الرجوع بما دفعه من مهر للزوجة على الولي المذكور أو عليها إن حضرت مجلس عقد النكاح؛ لأنها تعتبر في هذه الحالة مدلّسة على الزوج بكتمانها عيوبها عليه، ثم يرجع الولي عليها بالمهر إن أخذه الزوج منه. وما قلناه هو في العيب الظاهر في الزوجة كالجذام والبرص، وأما مالا يظهر إلا بعد البناء ـ الدخول ـ أو بالوطء كالرتق، فالوليّ القريب فيه كالبعيد أي في عدم الرجوع عليه، ويرجع الزوج بما غرمه للزوجة من مهر

(١١٠٧٢) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٦٥.

(١١٠٧٣) «شرح العناية على الهداية» ج٣، ص٢٦٥.

(١١٠٧٤) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٢٨٥-٢٨٦.

لعيبها عليها فقط إذا كان الذي تولى عقد نكاحها ولي بعيد شأنه أن يخفى عليه حالها كابن عم لها لكونه غير مخالط لها، فلا يرجع الزوج عليه وإنما رجوعه على الزوجة فقط إلا ربع دينار يتركها لها؛ لئلا يخلو نكاحها من مهر[11075].

٩١٣٤ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[11076]:

أ : إذا فسخ النكاح قبل الدخول، فلا مهر لها ولا متعة، سواء كان الفسخ من الزوج أو من الزوجة؛ لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلّسته بالإخفاء، فصار الفسخ كأنه منها.

ب : وإن فسخ بعد الدخول أو بعد خلوة، فالمهر المسمى هو ما تستحقه الزوجة، لأن نكاحها صحيح فتترتب عليه آثار الصحة. ومنها وجوب المهر المسمى بالدخول أو بالخلوة الصحيحة؛ لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول أو بالخلوة الصحيحة، فلا يسقط بحادث بعده. ويرجع الزوج بالمهر على من غرّه من امرأة عاقلة أو ولي أو وكيل، فأيهم انفرد بالغرر ضمن وحده المهر لانفراده بالسبب الموجب للضمان. واشترط بعضهم في الزوجة البلوغ إن كان التغرير منها. وقال ابن عقيل: إنما تكون الزوجة غارّة إذا كانت تعلم بعيبها، وأما الطفلة والمجنونة، فلا يعتبر منها تغرير أو تدليس.

٩١٣٥ ـ رابعاً: مذهب الشافعية[11077]:

الفسخ من الزوج أو من الزوجة لعيب فيها أو فيه مقارن للعقد أو حادث قبل الدخول، يسقط المهر ولا متعة لها أيضاً؛ لأنه إن كان العيب به فهي الفاسخة فلا شيء لها، وإن كان العيب بها فسبب الفسخ معنى وجد بها، فكأنما هي الفاسخة.

٩١٣٦ ـ الفسخ بعد الدخول:

والفسخ بعد الدخول بأن لم يعلم بالعيب إلا بعده، فالأصح أنه يجب مهر المثل إن فسخ النكاح بعيب مقارن للعقد، أو فسخ النكاح بعيب حادث بين العقد والوطء جهله الواطىء إن كان بالموطءة (الزوجة) وجهلته هي إن كان بالواطىء؛ لأنه قد استمتع بزوجة معيبة، وهو إنما بذل المهر المسمى على ظنّ سلامتها من العيب، ولم يحصل له ذلك فكأن العقد جرى بلا تسمية للمهر فيجب مهر المثل؛ ولأن الفسخ رجوع كل من الزوجين إلى عين حقّه أو إلى بدله

(١١٠٧٥) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٤٢٧ـ٤٢٨.

(١١٠٧٦) «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٦.

(١١٠٧٧) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٠٦ـ٣٠٧، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٠٤ـ٢٥٠.

إن تلف، فيرجع الزوج إلى عين حقّه وهو المهر المسمى، والزوجة إلى بدل حقّها وهو مهر المثل لفوات حقّها بالدخول. والأصح وجوب المهر المسمى إن حدث العيب بعد وطء وفسخ النكاح بعده؛ لأن المهر استقر بالوطء قبل وجود سبب الخيار، فلا يُغيَّر.

٩١٣٧ - متى يجب مهر المثل:

ويبدو لي، أن مقصودهم بوجوب مهر المثل إذا وقع الفسخ بالدخول إنما هو بالنسبة لمن يتصور منه الوطء كالمجنون والمجذوم، أما مالا يتصور منه الدخول كالمجبوب، فالذي يحصل منه هو الخلوة الصحيحة فقط، وكذلك القول بالنسبة للزوجة الرتقاء أو القرناء، فلا يتصور وطؤها، فهل يجب للزوجة مهر المثل إذا حصل الفسخ لكونه مجبوباً، أو لكونها رتقاء أو قرناء؟ يبدو لي، عدم الوجوب على مقتضى مذهب الشافعية لأنهم قالوا: «ويستقر المهر بوطأ بتغيب حشفة أو قدرها من فاقدها، أو بموت أحدهما لا بخلوة في الجديد لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾.. الآية والمسّ هو الجماع. وفي القديم - أي في قول الشافعي القديم - يستقر المهر بالخلوة في النكاح الصحيح حيث لا مانع حسّي كرتق ولا شرعي كحيض؛ لأنه حينئذٍ مظنّة للوطء»[١١٠٧٨].

٩١٣٨ - خامساً: مذهب الجعفرية[١١٠٧٩]:

أ : الفسخ قبل الدخول:

إذا ثبت العيب وحصل الفسخ، فلا مهر للزوجة إن كان الفسخ قبل الدخول في جميع العيوب إلا في العنّة حيث يجب فيها نصف المهر على أصح القولين، وإنما استُثنيت العنّة وانفردت بهذا الحكم لموافقة ذلك للحكمة من إشراف الزوج واطلاعه على زوجته وما يحرم على غيره الاطلاع عليه منها، فناسب ذلك أن لا يخلو من عوض. وإنما لم يجب جميع المهر المسمى. بالتفريق للعنة مع حصول ما ذكرناه من الزوج نحو زوجته، لانتفاء الدخول، وقيل يجب جميع المهر وإن لم يحصل من العنين دخول.

٩١٣٩ - ب : الفسخ بعد الدخول:

وإن كان الفسخ بعد الدخول، فالواجب هو المهر المسمى لاستقراره بالدخول ويرجع الزوج بالمهر الذي دفعه على المدلّس إن كان وإلّا فلا رجوع. وإن كانت هي المدلّسة رجع عليها

(١١٠٧٨) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٥٥.

(١١٠٧٩) «الروضة البهية» ج٢، ص١٢٧، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٢١.

بأقل ما يكون مهراً، وهو أقل ما يتمول به على المشهور. والمراد بالتدليس السكوت عن العيب الخارج عن الخلقة مع العلم به، أو دعوى صفة كمال مع عدمها في الحقيقة.

٩١٤٠ ـ سادساً: مذهب الزيدية[١١٠٨٠]

أ : الفسخ بعد الدخول:

وعندهم: تستحق المرأة المهر المسمى إن كان الفسخ من قبلها بعد الدخول لعيب حادث في الزوج قبل الدخول، وهذا على رأي بعضهم، وعلى رأي البعض الآخر منهم تستحق الزوجة في هذه الحالة مهر المثل؛ لأنها إذا فسخت عقد النكاح صار العقد كأن لم يكن، فيكون الدخول كوطء الشبهة في الاستحقاق به مهر المثل.

٩١٤١ ـ ب : رجوع الزوج بما دفعه من مهر:

يرجع الزوج بالمهر الذي دفعه لزوجته المعيبة على وليّها المدلّس فقط، ولا يرجع على الزوجة بما دفع لها ولو دلّستْ، ولا على الأجنبي إذا دلّس. والتدليس هو أن ينطق بأنها غير معيبة أو يُسأل فيسكت. وقيل: عدم الإخبار بالعيب تدليس. فإن اختلف الزوج والولي في علم الولي بالعيب، فقيل: الظاهر علمه فيما يُطلع عليها من العيوب. وفي «الانتصار»، من كتب الزيدية، يرجع الزوج على من يجوز له النظر إليها من الأولياء سواء علم بالعيب أم جهل؛ لأنه فرط في عدم علمه ولا يرجع الزوج على من لا يجوز النظر إليها إلا إذا علم.

(١١٠٨٠) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٩٨-٢٩٩.

الفصل الخامس عشر
التفريق لخيار العتق

٩١٤٢ ـ المقصود بخيار العتق:

موضوع هذا الفصل التفريق بخيار العتق، أي إذا كانت الزوجة من الرقيق «أَمَة» وزوجها أيضاً من الرقيق «عبد» ثم اعتقت الزوجة فصارت حرّة، وبقي زوجها رقيقاً، فلها أن تبقى زوجة لزوجها الرقيق، كما لها أن تفسخ عقد النكاح بسبب عتقها وهذا ما يسمى بالتفريق لخيار أو بخيار العتق.

٩١٤٣ ـ النصوص في خيار العتق:

أ : حديث البخاري:

أخرج إمام المحدّثين البخاري ـ رحمه الله تعالى ـ عن ابن عباس أن زوج (بَرِيْرة) كان عبداً يقال له (مغيث)، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته. فقال النبي ﷺ لعباس: يا عبّاس ألا تعجب من حبّ مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً.. فقال النبي ﷺ، أي لبريرة، لو راجعتهِ. قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: إنما أنا أشفع. قالت: لا حاجة لي فيه»[١١٠٨١].

٩١٤٤ ـ ب : حديث مسلم:

وأخرج الإمام مسلم ـ رحمه الله تعالى ـ في «صحيحه» قصة بريرة وعتقها وتخيير النبي ﷺ لها في البقاء في نكاح زوجها مغيث أو في فراقة، فقد جاء في حديث مسلم عن عائشة قالت: «كان في بريرة ثلاث قضيات، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها. فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: اشتريها وأعتقيها فإن الولاء لمن أعتق. قالت: وعتقت، أي بريرة، فخيرها رسول الله ﷺ فاختـارت نفسهـا..» وفي «صحيح مسلم» أيضاً في قصة بريرة عن جرير «وكان زوجها عبداً

(١١٠٨١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٠٨.

فخيرها رسول الله ﷺ، أي بعد عتقها، فاختارت نفسها. ولو كان حرّاً لم يخيرها»(11082).

٩١٤٥ - جـ : حديث أبي داود:

أخرج الإمام أبو داود في «سننه» عن عائشة - رضي الله عنها - في قصة بريرة، قالت عائشة - رضي الله عنها -: «كان زوجها عبداً فخيّرها النبي ﷺ فاختارت نفسها، ولو كان حرّاً لم يخيرها». وأخرج أبو داود أيضاً عن ابن عباس أن مغيثاً - زوج بريرة - كان عبداً فقال: يا رسول الله اشفع لي إليها، فقال رسول الله ﷺ: يا بريرة اتقي الله فإنه زوجك وأبو ولدك. فقالت يا رسول الله أتأمرني بذلك؟ قال: لا، إنما أنا شافع. فكان دموعه - دموع مغيث زوجها - تسيل على خده. فقال رسول الله ﷺ للعباس: «ألا تعجب من حبّ مغيث بريرة وبغضها إياه»(11083).

٩١٤٦ - د : حديث الترمذي:

وأخرج قصة بريرة الإمام الترمذي في «جامعه»، وجاء في إحدى رواياته لقصة بريرة عن ابن عباس: «إن زوج بريرة كان عبداً أسود لبني المغيرة يوم اعتقت بريرة. والله لكأني به في طرق المدينة ونواحيها، وإن دموعه لتسيل على لحيته، يترضاها لتختاره فلم تفعل»(11084).

٩١٤٧ - دلالة الأحاديث على خيار العتق:

دلّت هذه الأحاديث النبوية على أن الزوجة الأَمَة إذا أُعتقت وكان زوجها عبداً، فالخيار لها إن شاءت بقيت في نكاحه وإن شاءت فسخت النكاح، فقد جاء في شرح النووي «لصحيح مسلم» تعليقاً على أحاديث قصة بريرة وعتقها وتخيير النبي ﷺ لها، قال: «يثبت الخيار للأَمَة إذا عتقت تحت عبد»(11085). وأن «لها الفسخ بعتقها وإن تضرر الزوج بذلك لشدة حبّه إياها؛ لأنه كان - أي زوج بريرة - يبكي»(11086).

٩١٤٨ - إجماع العلماء على خيار العتق:

أ : في «شرح العسقلاني لصحيح البخاري»، في تعليقه وشرحه لما ورد في قصة عتق بريرة وتخيير النبي ﷺ لها، قال ابن حجر العسقلاني، وقال ابن بطّال وهو من شرّاح أحاديث

(11082) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج10، ص146.

(11083) «سنن أبي داود» ج6، ص313-314.

(11084) «جامع الترمذي» ج4، ص319، وروى قصة بريرة النسائي في «سننه» ج6، ص134-135، وابن ماجه في «سننه» ج1، ص670-671، والدارمي في «سننه» ج2، ص169.

(11085) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج10، ص143.

(11086) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج10، ص143.

البخاري: «أجمع العلماء أن الأَمَة إذا عُتقت تحت عبد فإن لها الخيار، والمعنى فيه ظاهر؛ لأن العبد غير مكافىء للحرّة في أكثر الأحكام، فإذا عتقت ثبت لها الخيار بين البقاء في عصمته أو المفارقة؛ لأنها في وقت العقد عليها لم تكن من أهل الاختيار»(١١٠٨٧).

ب: وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإذا اعتقت الأمة وزوجها عبد، فلها الخيار في فسخ النكاح، أجمع أهل العلم على هذا، ذكره ابن المنذر وابن عبد البّر وغيرهما. والأصل فيه خبر بريرة، قالت عائشة: «كاتبت بَريرة فخيرها - أي بعد عتقها - رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها.. الخ»؛ ولأن عليها ضرراً في كونها حرّة تحت العبد، فكان لها الخيار كما لو تزوّج حرّة على أنه حرٌ فظهر عبداً»(١١٠٨٨).

جـ: وفي «بداية المجتهد» لابن رشد: «واتفقوا على أن الأَمَة إذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار»(١١٠٨٩).

٩١٤٩ - خيار العتق رخصة يسقط بالإسقاط:

وخيار العتق رخصة للأمة إذا اعتقت وكان زوجها عبداً، فإن شاءت أخذت بهذه الرخصة فاختارت فسخ النكاح وإن شاءت رفضت هذه الرخصة واختارت البقاء زوجة لزوجها العبد، فإذا اختارت البقاء في نكاحه لم يكن لها اختيار فراقه وفسخ نكاحه بعد ذلك؛ لأنها أسقطت حقها في فسخ النكاح والساقط لا يعود، وليس في هذا خلاف، قال ابن قدامة - رحمه الله تعالى -: «وهذا مما لا خلاف فيه - بحمد الله تعالى -»(١١٠٩٠).

٩١٥٠ - خيار العتق للأمة لا للعبد:

وخيار العتق يثبت للأَمَـة إذا اعتقت وهي زوجة عبد كما دلّت على ذلك الأحاديث التي ذكرناها في قصة عتق بريرة، فلا يثبت خيار العتق للعبد إذا اعتق، سواء كانت زوجته حرّة أو أَمَة، وقد أشار إلى ذلك فقهاء الحنفية، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إن خيار العتق يثبت للأنثى دون الذكر»(١١٠٩١).

(١١٠٨٧) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٠٧.

(١١٠٨٨) «المغني» ج٦، ص٦٥٩.

(١١٠٨٩) «بداية المجتهد» ج٢، ص٤٤.

(١١٠٩٠) «المغني» ج٦، ص٦٥٩.

(١١٠٩١) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٣٣٥.

٩١٥١ ـ هل خيار العتق على التراخي:

وإذا كان خيار العتق يثبت للمعتقة بسبب عتقها، فهل يثبت لها على التراخي فلها أن لا تتسرع في الخيار، أم عليها استعمال حقّها في الخيار حال ثبوته فوراً دون تأخير؟ قال الحنفية: وقت ثبوت الخيار للمعتقة وقت علمها بالعتق وبالخيار، وبأن تكون لها أهلية الاختيار، فيثبت لها الخيار في مجلس علمها بعتقها وبأن لها الخيار وهي من أهل الاختيار، حتى لو اعتقت ولم تعلم بعتقها أو علمت بالعتق ولم تعلم بأن لها الخيار، فلم تختر لم يبطل حقّها في الخيار ولها الاختيار في مجلس العلم إذا علمت بالعتق وبأن لها الخيار إذا كانت أهلاً للاختيار، ويبطل خيارها إذا قامت من مجلس علمها؛ لأن قيامها دليل الإعراض عن الخيار[١١٠٩٢]. ومعنى ذلك أن الخيار يتجدد بمجلس علمها، فلا يجوز أن يتأخر عن استعماله أكثر من مدة بقائها في مجلس علمها.

٩١٥٢ ـ وعند الجعفرية، خيار العتق على الفور، فللأَمَة أن تختار فسخ النكاح فتفسخه ولكن على الفور[١١٠٩٣].

٩١٥٣ ـ وعند الحنابلة، خيار العتق على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين: عتق زوجها أو وطئه لها[١١٠٩٤]. وممن قال بقول الحنابلة بكون خيار العتق على التراخي الإمام مالك والأوزاعي، وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة ـ رضي الله عنهما ـ وللشافعي ثلاثة أقوال: أظهرها: أنه على التراخي، والثاني: أنه على الفور كخيار الشفعة. والثالث: أنه إلى ثلاثة أيام[١١٠٩٥].

٩١٥٤ ـ حجة من قال أن الخيار على التراخي:

وروى الإمام أحمد في «مسنده» عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجالاً يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال: إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها، إن شاءت فارقته، وإن وطئها فلا خيار لها، رواه الأثرم، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم. قال ابن عبد البرّ: لا أعلم لعبد الله بن عمرو وحفصة مخالفاً من الصحابة؛ ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فيثبت خيار العتق على التراخي كخيار القصاص[١١٠٩٦].

(١١٠٩٢) «البدائع» ج٢، ص٣٢٩ـ٣٣٠.

(١١٠٩٣) «الروضة البهية» ج٢، ص٣١١.

(١١٠٩٤) «المغني» ج٦، ص٦٠٠.

(١١٠٩٥) «المغني» ج٦، ص٦٦٠، «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٢٩٢.

(١١٠٩٦) «المغني» ج٦، ص٦٦٠.

٩١٥٥ - إذا عتق العبد قبل أن تختار زوجته العتيقة الفراق:

وإذا عتق العبد قبل أن تختار زوجته المعتقة بطل خيارها؛ لأن الخيار لدفع الضرر بالرّق القائم في زوجها، وقد زال بعتقه فسقط خيارها كالمبيع إذا زال عيبه، وهذا قول الحنابلة، وهو أحد قولي الشافعي[١١٠٩٧]. وعند الحنفية، لها الخيار؛ لأنه لو كان زوجها حرّاً ابتداء وعتقت ثبت لها الخيار فأولى أن يثبت لها إذا كان عبداً وعتق، وإن كان عتقه قبل خيارها، فقد جاء في البدائع للكاساني: «ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها حراً أو عبداً»[١١٠٩٨].

٩١٥٦ - هل يثبت الخيار للمعتقة تحت حرّ؟

إذا عتقت الأمة تحت حرّ أي وزوجها حرّ، فهل يثبت لها خيار العتق؟ خلاف بين الفقهاء[١١٠٩٩]، قال الحنفية يثبت لها الخيار، فقد جاء في «البدائع»: «ويثبت الخيار لها، سواء كان زوجها حرّاً أو عبداً». وبهذا القول قال طاووس وابن سيرين ومجاهد، والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري[١١١٠٠]، وهو مذهب الظاهرية[١١١٠١].

٩١٥٧ - وعند الحنابلة، إن عتقت تحت حرّ فلا خيار لها، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب، والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة، وابن أبي ليلى ومالك والأوزاعي والشافعي[١١١٠٢].

٩١٥٨ - واحتج ابن قدامة للقول بعدم الخيار لها بأن الأَمَة بعد عتقها كافأت زوجها بالحرّية فلا يثبت لها الخيار، كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم. والقول بأن زوج بريرة التي عتقت كان حرّاً لا عبداً، هذه الرواية ليست بقوة الرواية التي فيها أن زوج بريرة كان عبداً، فينبغي الأخذ بهذه الرواية لا بتلك وقد قال الإمام أحمد: هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة: إنه عبد. وهذه رواية علماء المدينة وعملهم، وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء[١١١٠٣].

(١١٠٩٧) «المغني» ج٦، ص٦٦٠، ٦٦١.

(١١٠٩٨) «البدائع» ج٢، ص٣٢٨.

(١١٠٩٩) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٢٤.

(١١١٠٠) «المغني» ج٦، ص٦٥٩.

(١١١٠١) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٤٠.

(١١١٠٢) «المغني» ج٦، ص٦٥٩.

(١١١٠٣) «المغني» ج٦، ص٦٥٩-٦٦٠.

٩١٥٩ ـ عتق الصغيرة والمجنونة:

وإذا عتقت الصغيرة أو المجنونة وهما تحت عبد، فلا خيار لهما في الحال؛ لأنه لا عقل لهما ولا يعتبر قولهما ولا يملك وليّهما الاختيار عنهما؛ لأن هذا طريقه الشهوة ـ أي رغبة المعتقة في نكاح زوجها العبد ـ أو عدم رغبتها فيه، فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص. فإذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة، فلهما الخيار حينئذٍ[١١١٠٤].

٩١٦٠ ـ مبطلات خيار العتق:

قال الإمام الخرقي الحنبلي: «فإن اعتق ـ أي العبد زوج الأَمَة المعتقة ـ قبل أن تختار، أي زوجتـه التي عتقت قبله أو وطِئهـا، بطل اختيارهـا علمت أن الخيار لها أو لم تعلم»[١١١٠٥]. فالمبطل لخيارها أحد شيئين: أن يعتق زوجها قبل أن تختار. (والثاني): أن يطأها زوجها قبل أن تختار. وقال القاضي الحنبلي لها الخيار وإن وطئها زوجها مالم تعلم، فإن وطِئها بعد علمها فلا خيار لها، وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق، لأنها إذا مكّنت زوجها من وطئِها قبل علمها بأن الخيار لها لم يوجد منها ما يدل على رضاها ببقائها زوجة له، فلا يبطل خيارها بهذا الوطء[١١١٠٦]. واحتج ابن قدامة لقول الإمام الخرقي الحنبلي بما رواه الإمام أحمد بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال: سمعت رجالاً يتحدثون عن النبي ﷺ: أنه قال: «إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها، إن شاءت فارقته، وإن وطئها فلا خيار لها». وهو قول ابن عمر وأخته حفصة ـ رضي الله عنهما ـ ولا مخالف لهما من الصحابة كما قال ابن عبد البرّ[١١١٠٧].

٩١٦١ ـ وقال الحنفية: يبطل الخيار بالإبطال نصاً ودلالة من قول أو فعل يدل على الرضا بالبقاء في نكاح زوجها العبد، ويبطل بقيامها عن مجلس علمها بالعتق، وبأن لها الخيار؛ لأن قيامهـا عن المجلس دليل الإعـراض عن الفسـخ. ولكن لا يبطل بسكوتها بل يمتد إلى آخر المجلس إذا لم يوجد منها دليل الإعراض لأن السكوت يحتمل أن يكون لرضاها بالمقام معه، ويحتمل أن يكون للتأمل، فقدر التأمل إلى آخر المجلس[١١١٠٨].

(١١١٠٤) «المغني» ج٦، ص٦٦٢.

(١١١٠٥) «المغني» ج٦، ص٦٦٠.

(١١١٠٦) «المغني» ج٦، ص٦٦٠-٦٦١.

(١١١٠٧) «المغني» ج٦، ص٦٦٠.

(١١١٠٨) «البدائع» ج٢، ص٣٣٠.

٩١٦٢ ـ هل الفرقة بخيار العتق أم طلاق؟

قال ابن قدامة الحنبلي: «وفرقة الخيار ـ أي خيار العتق ـ فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق، نصَّ عليه أحمد، ولا أعلم فيه خلافاً. وقيل للإمام أحمد: ما لا يكون طلاقاً؟ قال: لأن الطلاق ما تكلم به الرجل..»[١١١٠٩]. وفي المحلى لابن حزم: «ومما اختلفوا فيه هل اختيارها فراق زوجها فسخ أو طلاق؟ فصحّ عن قتادة أنها واحدة بائنة ـ أي طلقة بائنة ـ ورويناه عن عمر بن عبد العزيز، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأصحابهما. وصحَّ أنه فسخ لا طلاق عن حماد بن أبي سليمان وإبراهيم النخعي، ورويناه عن طاووس وهو قول الشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وأبي سليمان وأصحابهم»[١١١١٠]. وما ذكره ابن حزم عن أبي حنيفة غير صحيح، فعند الحنفية خيار العتق فسخ لا طلاق[١١١١١].

٩١٦٣ ـ حكم المهر في خيار المعتقة:

المعتقة إن اختارت المقام مع زوجها والبقاء في نكاحه قبل الدخول أو بعده أو اختارت فسخ النكاح بعد الدخول فالمهر واجب؛ لأنه وجب بالعقد وهو للسيد مالك الأَمَة قبل عتقها؛ لأن المهر وجب بالعقد في ملكه ـ أي الأَمَة ـ والواجب هو المهر المسمى في الحالين، سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده. وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها[١١١١٢].

(١١١٠٩) «المغني» ج٦، ص٦٦٠.

(١١١١٠) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص١٥٨.

(١١١١١) فقد جاء في «البدائع» للكاساني، ج٢، ص٣٣٦: والفرقة في الخيارين ـ خيار البلوغ وخيار العتق ـ جميعاً تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخاً.

(١١١١٢) «المغني» ج٦، ص٦٦٣ـ٦٦٤.



الفصل السادس عشر
التفريق بسبب إباء الإسلام

٩١٦٤ - تمهيد:

إذا أسلم الزوجان الكافران فهما على نكاحهما إذا كانت الزوجة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال دون اعتبار لكيفية عقدهما، على النحو الذي بينّاه من قبل[١١١١٣].

وإذا أسلم زوج الكتابية وحده ولم تسلم هي، فالنكاح باق بحاله إذا كانت الزوجة يجوز ابتداء نكاحها في الحال، ولا خلاف في هذا بين القائلين بجواز نكاح المسلم نساء أهل الكتاب - كما بينّاه من قبل -[١١١١٤].

٩١٦٥ - موضوع هذا الفصل:

وموضوع البحث في هذا الفصل هو: إذا أسلمت الزوجة وحدها ولم يسلم زوجها، أو إذا أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كافرة غير كتابية لا تحلّ للمسلم وأبت أن تسلم، فهل تتعجل الفرقة بينهما فتقع في الحال؟ أم يُنتَظر انقضاء عدتها - عدة الزوجة فإن أسلم الطرف الآخر بقي النكاح على حاله، وإن أبى أن يسلم وقعت الفرقة بينهما؟ هذا هو موضوع البحث في هذا الفصل، ونذكر فيما يلي أقوال المذاهب المختلفة ثم نبيّن الراجح منها - إن شاء الله تعالى -.

٩١٦٦ - أولاً: مذهب الظاهرية:

قال الإمام ابن حزم شيخ فقهاء الظاهرية في زمانه - رحمه الله تعالى -: «وأيما امرأة أسلمت ولها زوج كافر ذمي أو حربي، فحين إسلامها انفسخ نكاحها منه، سواء أسلم بعدها بطرفة عين أو أكثر أو لم يسلم، لا سبيل له عليها إلا بابتداء نكاح برضاها بعد إسلامه وإلا فلا. . فإن أسلم هو قبلها، فإن كانت كتابية بقيا على نكاحهما أسلمت هي أو لم تسلم، وإن كانت غير كتابية فساعة إسلامه قد انفسخ نكاحها منه أسلمت بعده بطرفة عين فأكثر لا سبيل له عليها إلا بابتداء

(١١١١٣) انظر الفقرات ٧٠٩٩، وما بعدها.

(١١١١٤) انظر الفقرات ٧١٠٠، وانظر قبلها الفقـرات من الفقرة ٧٠٣٠، وما بعدها.

نكاح برضاها إن أسلمت وإلا فلا، سواء كا نا حربيين أو ذميين. وهو قول عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله وابن عباس ـ رضي الله عنهم ـ وبه يقول حماد بن زيد والحاكم بن عتبة وسعيد بن جبير، وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري وقتادة والشعبي وغيرهم»(11115).

٩١٦٧ ـ حجة ابن حزم لمذهب الظاهرية:

احتج ابن حزم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إذَا جَاءكُم المُؤْمِناتُ مُهَاجِراتٍ فَامتحِنُوهُنَّ، الله أَعْلَمُ بإيمَانِهنَّ، فإن علِمْتُموهُنَّ مُؤمِنَاتٍ فَلَا تَرْجعوهُنَّ إلى الكُفَّارِ، لَا هُنَّ حِلٌّ لَهم وَلَا هُمْ يحِلُّونَ لهُنَّ. وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا. وَلَا جُنَاحَ عَلَيكُمْ أنْ تَنْكحُوهُنَّ إذا آتَيتمُوهُنَّ أُجُورهُنَّ. وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ واسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُم وليَسأَلُوا مَا أَنْفقُوا. ذَلِكُم حُكمُ اللهِ يَحْكُم بَيْنكُم. والله عَليمٌ حَكيمٌ﴾(11116).

فهذه الآية الكريمة أباحت للمسلمين نكاح من أسلمت وبقي زوجها كافراً، فدلّ ذلك على زوال النكاح بإسلامها، كما دلّت هذه الآية على أن الذي يسلم مأمور بأن لا يمسك بعصمة كافرة، بل عليه أن يفارقها فصحّ بذلك أن إسلام أحد الزوجين ممن ذكرنا قاطع للنكاح حالاً(11117).

٩١٦٨ ـ من الحجة لابن حزم:

أ : ومن الاحتجاج لقول ابن حزم: أن إسلام أحد الزوجين، المرأة وحدها، أو الزوج وحده والزوجة غير كتابية من أسباب الفرقة بينهما، فيجب أن تقع الفرقة بوجود هذا السبب حالاً دون توقف على شيء آخر كما هو الحكم في أسباب فرق النكاح الأخرى كالطلاق والخلع والرضاع(11118).

ب : ومن الاحتجاج لقول ابن حزم أيضاً الآثار المروية عن بعض الصحابة المؤيدة لقول ابن حزم، كقول عمر بن الخطاب وابن عباس والتي رواها ابن حزم، وذكرناها فيما نقلناه من قوله.

٩١٦٩ ـ ثانياً: مذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية(11119):

(11115) «المحلّى» لابن حزم، ج٧، ص٣١٢.
(11116) [سورة الممتحنة، الآية ١٠].
(11117) «المحلّى» ج٧، ص٣١٦.
(11118) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص١٦٤.

(11119) «الأم» للشافعي، ج٥، ص٣٩ـ٤١، ٤٤، المهذب وشرحه المجموع، ج١٥، ص٤١٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص١٩١، «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٩ـ٧٠، «شرح منتهى الإرادات» ج٣، =

إذا كان إسلام من أسلم قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال، وإن كان الإسلام بعده وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها بقيا على نكاحهما إن كان يجوز للزوج ابتداء نكاحها ساعة اجتمع إسلامهما، وإن لم يسلم الآخر حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما.

٩١٧٠ ـ الأدلـة:

أولاً: بالنسبة لتعجل الفرقة قبل الدخول:

الدليل الأول: اختلاف الدين يمنع الإقرار على النكاح، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة؛ لأن ملك النكاح غير متأكد بالدخول، فينقطع بمجرد إسلام من أسلم منهما. ولأنه إذا كان الذي أسلم هو الزوج، فليس له إمساك كافرة ليست من أهل الكتاب لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمسِكوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ﴾ وإن كانت الزوجة هي التي أسلمت، فلا يجوز بقاؤها على نكاح الكافر[11120].

الدليل الثاني: إن الطلاق قبل الدخول يقطع النكاح في الحال، فكذلك إسلام أحد الزوجين قبل الدخول؛ لأن اختلاف الدين الطارىء على النكاح من أسباب الفرقة فإذا طرأ على النكاح قبل تأكده بالدخول تعجلت الفرقة كما في الطلاق[11121].

٩١٧١ ـ ثانياً: بالنسبة للفرقة بعد الدخول:

وبالنسبة لأدلتهم على توقف الفرقة على انقضاء العدة دون إسلام الطرف الآخر، فقد احتجوا بما يأتي:

الدليل الأول: روي عن ابن شبرمة أنه قال: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة، فهي زوجته وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما[11122].

الدليل الثاني: روى الإمام مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أن بنت الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية ولم يسلم، فبعث إليه

= ص٩٦-٩٧، «الروضة البهية» ج٢، ص٩٩، وعن الإمام أحمد بن حنبل رواه بوقوع الفرقة في الحال إذا كان الإسلام بعد الدخول: «المغني» ج٦، ص٦١٦.

(١١١٢٠) «المغني» ج٦، ص٦١٤، «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٩، «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٩٦.

(١١١٢١) «البدائع» ج٢، ص٣٣٧.

(١١١٢٢) «المغني» ج٦، ص٦١٦، «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٩٧.

رسول الله ﷺ أماناً، فرجع وشهد معركة حنين والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة، ولم يفرق بينهما حتى أسلم واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح. قال ابن شهاب وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحو شهر[11123]. وقال ابن شهاب: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم في دار الكفر، إلا فرّقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها[11124].

الدليل الثالث: روى الإمام مالك عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام كانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة لئلا يسلم وتوجه إلى اليمن، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح وبايعه، وبقيا على نكاحهما ذلك[11125].

٩١٧٢ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

أ : إذا أسلمت الزوجة:

إذا أسلمت الزوجة قبل الدخول، وقعت الفرقة بينهما حالاً، وإذا أسلمت بعد الدخول، توقف الأمر على إسلامه في العدة: فإن أسلم في خلالها فهما على نكاحهما إن كانت ممن يحلّ له نكاحها، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما[11126]، ولا يعرض على الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته، ولكن إذا أسلم من تلقاء نفسه أي بدون أن يعرضَ عليه الإسلام، فهي زوجته وهما على نكاحهما وإلا وقعت الفرقة بينهما[11127].

(١١١٢٣) «نيل الأوطار» ج٦، ص١٦٢، «أحكام القرآن» للقرطبي، ج١٨، ص٦٨، «المغني» ج٦، ص٦١٦، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٥٢.

(١١١٢٤) «الموطأ» للإمام مالك وشرحه للزرقاني، ج٣، ص١٥٦-١٥٧، «نيل الأوطار» ج٦، ص١٦٢، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٥٣.

(١١١٢٥) «شرح الموطأ» للزرقاني، ج٣، ص١٥٨، «المغني» ج٦، ص٦١٦.

(١١١٢٦) «المدونة الكبرى» ج٤، ص١٤٨، ١٥٣، «شرح الخرشي» ج٣، ص٢٢٨، «التاج والإكليل» للمواق، ج٣، ص٤٧٨-٤٧٩.

(١١١٢٧) جاء في «المدونة الكبرى» للإمام مالك بن أنس برواية الإمام السحنون، ج٤، ص١٥٣: قلت: «أرأيت إن أسلمت المرأة وزوجها كافر، أيعرض على زوجها الإسلام في قول مالك أم لا؟ قال لا يعرض عليه الإسلام في رأيي (رأي ابن القاسم صاحب الإمام مالك) ولكنه إن أسلم في عدّتها فهو أحق بها، وإن انقضت عدّتها فلا سبيل له عليها». «التاج والإكليل» للمواق، ج٣، ص٤٧٨.

٩١٧٣ ـ ب: إذا أسلم الزوج:

إذا أسلم الزوج قبل الدخول، تعجلت الفرقة بينهما أي وقعت الفرقة في الحال[١١١٢٨]. وإذا أسلم بعد الدخول وكانت زوجته كافرة غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت فهما على نكاحهما، وإن لم تسلم وقعت الفرقة بينهما. وإذا غفل عن عرض الإسلام عليها حتى تطاول الزمن وقعت الفرقة بينهما حتى ولو أسلمت بعد ذلك[١١١٢٩]. وقدروا تطاول الزمن الذي تقع بعده الفرقة إذا لم تسلم بمدة شهرين[١١١٣٠].

٩١٧٤ ـ أدلة المالكية:

أ: في حالة إسلام الزوجة بعد الدخول توقف الأمر على إسلام الزوج في العدة، استدلوا لما ذهبوا إليه في هذه الحالة بحديث صفوان وحديث أم حكيم، وقد ذكرناهما قبل قليل[١١١٣١].

ب: في حالةِ إسلام الزوجة أو الزوج قبل الدخول، استدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وبأنّ الزوجة لا عدة عليها فينقطع النكاح بينهما حالاً بإسلام أحدهما قبل الدخول[١١١٣٢].

جـ: أما في حالة إسلام الزوج بعد الدخول، فإنهم استدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[١١١٣٣].

٩١٧٥ ـ رابعاً: مذهب الحنفية[١١١٣٤]:

(١١١٢٨) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج١٨، ص٦٦ـ٦٧، «المغني» ج١، ص٤٠٦.

(١١١٢٩) «شرح الموطأ» للزرقاني، ج٣، ص١٥٨ـ١٥٩: قال مالك: وإذا أسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الإسلام، فلم تسلُم؛ لأن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾. وفي «المدونة الكبرى» ج٤، ص١٤٨: قال مالك: إذا أسلم الزوج قبل المرأة وهما مجوسيان وقعت الفرقة بينهما، وذلك إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم. قال ابن القاسم: وأرى إذا طال ذلك، فلا تكون امرأته وإن أسلمت، وتنقطع العصمة فيما بينهما إذا تطاول ذلك. قلت: كم يجعل ذلك؟ قال: لا أدري. قلت الشهرين؟ قال: لا أحد فيه حداً وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً وليس بكثير».

(١١١٣٠) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٤٠٦.

(١١١٣١) الفقرة ٩١٧٢.

(١١١٣٢) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج١٨، ص٦٧، «المغني» ج٦، ص٦١٤.

(١١١٣٣) «شرح الموطأ» للزرقاني، ج٣، ص١٥٨ـ١٥٩.

(١١١٣٤) «البدائع» ج٢، ص٢٣٦ـ٢٣٨، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٥٠٦ـ٥٠٨، «الدّر المختار وردّ المحتار»، ج٣، ص١٨٨ـ١٨٩، «شرح الكنز» للزيلعي، ج٢، ص١٧٤.

وعنـدهم تفصيل في مسـألة إسلام أحد الزوجين وأثر ذلك في وقوع الفرقة بينهما، وهل يختلف الحكم إذا حصل ذلك في دار الحرب أو في دار الإسلام، ونحن نوجز القول في بيان مذهب الحنفية في هذه المسألة في صورها المتعددة.

٩١٧٦ ـ أ : إذا أسلمت الزوجة في دار الإسلام:

إذا أسلمت الزوجة في دار الإسلام على أي دين كان زوجها، عرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم وكانت الزوجة ممن تحلّ له بقي النكاح على حاله وإن أبى أن يسلم فرّق القاضي بينهما، ومالم يفرّق القاضي بينهما فالنكاح يعتبر قائماً بينهما حتى لو مات الزوج قبل أن يسلم وجب لها المهر، وإن لم يكن قد دخل بها؛ لأن النكاح يعتبر قائماً والمهر يتقرر بالموت.

٩١٧٧ ـ ب : إذا أسلم الزوج في دار الإسلام:

وإذا أسلم الزوج وزوجته كتابية وهما في دار الإسلام بقي النكاح بحاله؛ لأن المسلم يجوز له ابتداء نكاح الكتابية وإذ هي محلّ لنكاحه ابتداءً فكذا بقاء. وإذا كانت زوجته كافرة غير كتابية عرض عليهـا الإسـلام، فإن أسلمت فهمـا على نكاحهما، وإذا أبت أن تسلم فرّق القاضي بينهما، ومالم يفرّق القاضي بينهما فالنكاح يعتبر قائماً بينهما.

٩١٧٨ ـ شروط عرض الإسلام على من لم يسلم من الزوجين:

قلنا: إن المرأة إذا أسلمت عرض الإسلام على زوجها فإن أسلم فهي زوجته، وإن الزوج إذا أسلم عرض الإسلام على زوجته الكافرة غير الكتابية، فإن أسلمت فهما على نكاحهما. وإنما يكون عرض الإسلام على من لم يسلم من الزوجين إذا كان بالغاً عاقلاً أو صبياً مميزاً أو صبية مميزة يعقلان الأديان، فإن كانا غير مميزين انتظرنا تمييزهما؛ لأن له غاية معلومة. وإن كان من لم يسلم من الزوجين مجنوناً لم يُنتظر عقله؛ لأنه ليس له غاية معلومة ولهذا يعرض الإسلام على أبويه، فأيهما يسلم يتبعه المجنون في إسلامه ويبقى النكاح، وإذا أبيا أن يسلما فرّق القاضي بينهما. وإن لم يكن للمجنون أب ولا أم، نصّب عليه القاضي وصياً ليقضي عليه بالفرقة.

٩١٧٩ ـ جـ : إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب:

وإذا كان الزوجان في دار الحرب وأسلم الزوج وزوجته كتابية بقي النكاح بينهما لما قلناه من جواز نكاح المسلم الكتابية ابتداءً، فكذا بقاء. أما إذا أسلمت الزوجة على أي دين كان زوجها، أو إذا أسلم الزوج وزوجته كافرة غير كتابية لم تسلم، ففي هاتين الحالتين إذا أسلم الزوج أو أسلمت الزوجة خلال العدة وهي ثلاث حيض بالنسبة لمن تحيض، وثلاثة أشهر بالنسبة

لمن لا تحيض فالنكاح باق بينهما، وإذا لم يسلم من لم يسلم من الزوجين خلال هذه المدة وقعت الفرقة بينهما. ويعلّل الحنفية رأيهم هذا، بأن الفرقة تقع بإباء الإسلام ممن لم يسلم من الزوجين ولا يعرف الإباء إلا بعرض الإسلام عليه، وقد تعذر العرض عليه؛ لأنه في دار الحرب ولا ولاية لدار الإسـلام على دار الحرب وعلى من فيها، وقد مسّت الحاجة إلى التفريق بين الزوجين لإسلام الزوجة وحدها أو إسلام الزوج وحده وزوجته غير كتابية؛ لأن الإسلام لا يقرّ نكاحهما إلا إذا أسلم الطرف الآخر، فيقام شرط البينونة في الطلاق الرجعي وهو مضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر، يقام هذا الشرط مقام سبب الفرقة ويكون مضي مدة العدة بمنزلة تفريق القاضي إذا لم يسلم الزوج الآخر خلال هذه المدة، أما إذا أسلم فهما على نكاحهما. ولا فرق فيما قلناه بين المدخول بها وغير المدخول بها.

٩١٨٠ ـ أدلة الحنفية:

احتج الحنفية لقولهم بلزوم عرض الإسلام على من لم يسلم وعند إبائه الإسلام يفرق القاضي بينهما بأن إباء الإسلام هو سبب التفريق وليس السبب إسلام من أسلم من الزوجين، والأدلة على ذلك ما يأتي:

٩١٨١ ـ الدليل الأول:

روي أن رجلاً من بني تغلب أسلمت زوجته، فعرض عمر ـ رضي الله عنه ـ عليه الإسلام فامتنع، ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فيكون إجماعاً، ولو وقعت الفرقة بإسلام من أسلم من الزوجين لما وقعت الحاجة إلى التفريق من قبل الإمام[١١١٣٥].

٩١٨٢ ـ الدليل الثاني:

إن الفرقة بين الزوجين يجب أن تضاف إلى سبب، وإسلام من أسلم من الزوجين لا يصلح أن يكون سبباً لرفع النكاح ووقوع الفرقة؛ لأن الإسلام طاعة، والطاعة لا تكون سبباً لتفويت نعمة الزوجية وانقطاع النكاح، كما أن الإسلام عرف عاصماً للأملاك مؤكداً لها، فلا يكون مبطلاً لها. وكذلك كفر المصر على كفره الرافض للإسلام لا يكون قاطعاً للنكاح؛ لأن الكفر كان

(١١١٣٥) الخبر الذي احتج به الحنفية عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ ذكره ابن القيم في كتابه «زاد المعاد» ج٣، ص١٥-١٦، وهذا نصه: وعن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أن نصرانياً أسلمت امرأته فقال عمر: إن أسلم فهي امرأته، وإن لم يسلم فرق بينهما، فلم يسلم ففرق بينهما. وكذلك قال عمر ـ رضي الله عنه ـ لعبادة بن النعمان التغلبي، وقد أسلمت امرأته: إما أن تسلم وإلا نزعتها منك، فأبى فنزعها ـ أي نزع زوجته ـ منه».

موجوداً بينهما ـ بين الزوجين ـ ولم يمنع ابتداء النكاح؛ فلئن لا يمنع بقاءه، والبقاء أسهل، أولى. وكذلك اختلاف الدين لا يكون سبباً لقطع النكاح؛ لأنه لا يمنعه ابتداء كما لو تزوج مسلم كتابية، فلا يكون مانعاً له بقاءً أيضاً. ولكن لو أبقينا النكاح بينهما لا تحصل مقاصد النكاح لأن مقاصدة لا تحصل إلا بالاستفراش ـ أي الوطء ـ والكافر لا يجوز تمكينه من استفراش المسلمة، والمسلم لا يحلّ له استفراش الكافرة غير الكتابية، فيعرض الإسلام من غير إكراه على الزوج الذي لم يسلم، فإن أسلم فهما على نكاحهما، وإن أبى أن يسلم فرّق القاضي بينهما لعدم الفائدة عند ذاك من بقاء النكاح، فيكون إباء الإسلام من أحد الزوجين سبباً صالحاً للفرقة؛ لأن هذا الإباء للإسلام معصية فيناسبه إضافة سبب الفرقة إليه.

٩١٨٣ ـ خامساً: مذهب الزيدية[١١١٣٦]:

أ : إذا كان الزوجان كافرين حربيين من تبعة دار الحرب وأسلم أحدهما بعد الدخول، فإن الفرقة تقع بعد مضي عدة الزوجة دون إسلام الزوج الآخر.

ب : إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين الحربيين قبل الدخول فالفرقة تقع في الحال.

جـ : إذا كانت الزوجة ذمية من تبعة دار الإسلام وأسلمت هي أو أسلم زوجها دونها، فإن الفرقة تقع بينهما بأحد أمرين:

الأول: بمضي مدة العدة دون أن يسلم الزوج الآخر، سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها.

الثاني: عرض الإسلام على من لم يسلم منهما، فإذا امتنع من الإسلام وقعت الفرقة بامتناعه عن الإسلام ولو لم تمض العدة.

د : وإن كان زوج الذمية صغيراً لم تقع الفرقة بمضي العدة قبل بلوغه، بل ينتظر بلوغه ؛ لأن عرض الإسلام عليه في حال صغره غير صحيح لأن عبارته غير مقبولة، وفي الحكم بوقوع الفرقة بمضي العدة قبل بلوغه إسقاط لحقّه وهو استبقاء زوجته بإسلامه ولا يمكنه ذلك في العدة لصغره، فوجب أن لا يحكم بوقوع الفرقة حتى يتمكن من حقّه بأن ينتظر بلوغه، فيسلم فتبقى زوجته له، أو يمتنع فتقع الفرقة.

٩١٨٤ ـ مناقشة الأقوال المختلفة وأدلتها:

أولاً: مناقشة ابن حزم:

(١١١٣٦) «شرح الأزهار» ج٢، ص٣٢٤-٣٢٥.

قول ابن حزم وموافقوه، إذا أسلمت الزوجة، أو أسلم الزوج وزوجته غير كتابية وقعت الفرقة حالاً بإسلام من أسلم منهما. ويرد على هذا القول ما يأتي:

أ : لم يعرف أن النبي ﷺ جدد نكاح زوجين أسلم أحدهما قبل الآخر قط. وقد كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل منهم قبل امرأته وبالعكس، ولم يعرف عن أحد منهم البتّة أنه تلفظ بإسلامه هو وامرأته حرفاً بحرف، ومع هذا فما كانت الفرقة بينهما بسبب تأخر إسلام أحدهما عن الآخر[11137].

ب : الاحتجاج بما روي عن عمر بن بالخطاب وغيره بوقوع الفرقة بمجرد إسلام أحد الزوجين ليست صريحة في تعجيل الفرقة، وتعارض بما روي عنه صراحة بعدم تعجيل الفرقة بإسلام أحد الزوجين[11138].

جـ : الاحتجاج بالآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُم المُؤْمِنَاتُ مُهَاجِراتٍ﴾.. الآية. هذه الآية يستدل بها على وقوع الفرقة بين الزوجين إذا أسلم أحدهما دون الآخر مع اختلاف الدار بينهما، كما ذهب إلى ذلك الحنفية. وأيضاً فإذا كانت هذه الآية يستدل بها على وقوع الفرقة حالاً بإسلام أحد الزوجين كما يقول ابن حزم ـ رحمه الله تعالى ـ فإن هذا الاستدلال يُعارض بقول الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذه الآية إذ قال: إن السنة النبوية الشريفة قد بيّنت أن (مراد الله من قوله هذا أنه لا يحلّ بعضهم لبعض إلا أن يسلم الباقي منهما في العدّة)[11139]، كما يعترض على استدلال ابن حزم بالآية بقول ابن القيم: «إن الذي أنزل عليه: ﴿وَلاَ تُمسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ﴾ وقوله تعالى: ﴿لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحلُّونَ لَهُنَّ﴾ لم يحكم بتعجيل الفرقة»[11140].

د : القول بأن إسلام أحد الزوجين من أسباب الفرقة فيجب أن تقع الفرقة حالاً دون توقف على شيء آخر، قول صحيح ومقبول لو لم ترد نصوص وآثار معتبرة بعدم وقوع الفرقة حالاً.

٩١٨٥ ـ ثانياً: مناقشة الشافعية والحنابلة وموافقهم:

وهؤلاء يرون وقوع الفرقة إذا مضت العدة ولم يسلم الزوج الآخر، ويرد على قول هؤلاء بالآتي:

(١١١٣٧) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٤.

(١١١٣٨) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٥-١٦.

(١١١٣٩) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج١٨، ص٦٧.

(١١١٤٠) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٥.

أ : لم يعرف عن رسول الله ﷺ مراعاة العدة لوقوع الفرقة بعد مضيها دون أن يسلم الزوج الآخر، قال الإمام ابن القيّم ـ رحمه الله ـ: «وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة، فلا نعلم أن رسول الله ﷺ قضى بواحدة منهما مع كثرة من أسلم في عهده من الرجال وأزواجهن وقرب إسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه»[11141].

ب : ما روي عن ابن شبرمة في مراعاة العدة عند إسلام أحد الزوجين في عهد رسول الله ﷺ وأن الفرقة تقع بانقضائها دون إسلام الزوج الآخر، هذه الأخبار المروية عن ابن شبرمة أخبار منقطعة، فلا يصح الاحتجاج بها[11142].

جـ : ما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب في قصة إسلام صفوان وعكرمة حديثان مرسلان، وفي العمل بالمرسل اختلاف بين العلماء، فالجمهور ومنهم الظاهرية لا يرون الاحتجاج به[11143]، وإذا قلنا بجواز الاحتجاج بالمرسل، فليس في هذين المرسلين حجة للقول بمراعاة مدة العدة؛ لأنه ليس فيهما ذكر للعدة، وإنما في أحدهما بيان للمدة بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته وهي نحو شهر. وليس في هذا البيان دلالة على أن صفوان لو أسلم بعد هذه المدة، لما أُقرّ على نكاحه، ومرسل قصة إسلام عكرمة لم يرد فيه ذكر العدة ولا ذكر المدة بين إسلامه وإسلام زوجته.

٩١٨٦ ـ ثالثاً: مناقشة الحنفية:

أ : ما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ من عرض الإسلام على الزوج الذي لم يسلم يعارض بما روي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال في اليهودية والنصرانية: **تسلم وهي تحت يهودي أو نصراني، يفرّق بينهما**[11145]. ولم يذكر ابن عباس عرض الإسلام على الزوج، وهذا يدل على أن المسألة اجتهادية وخلافية ولا إجماع فيها على فعل عمر ـ رضي الله عنه ـ كما قال الحنفية.

ب : قول الحنفية: إن إسلام أحد الزوجين أو كفر الزوج الآخر لا يصلح واحد منهما أن يكون سبباً للتفريق، كما لا يصلح أن يكون اختلاف الدين سبباً للتفريق؛ لأنه يجوز النكاح مع وجوده ابتداء، كما في نكاح المسلم كتابية، فإذا طرأ اختلاف الدين على النكاح، فلا يؤثر فيه

(11141) «زاد المعاد» ج٤، ص١٥.

(11142) «زاد المعاد» ج٤، ص١٥.

(11143) «الأحكام في أصول الأحكام» لابن حزم، ج٢، ص٢، «ارشاد الفحول» للشوكاني، ص٥٧.

(11145) «المحلّى» لابن حزم، ج٧، ص٣١٤.

لأن البقاء أسهل من الابتداء. ويرد على هذا القول بأن اختلاف الدين قد يمنع النكاح ابتداء كما في نكاح المسلم مشركة، وعلى هذا فيجوز أن يكون اختلاف الدين مانعاً من استدامة النكاح وبقائه كما منعه ابتداءً، فيصح أن تضاف الفرقة إليه أي إلى اختلاف الدين، وحيث إن هذا الاختلاف تأتى من إسلام أحد الزوجين وإباء الآخر الإسلام وبقائه على الكفر، فيمكن أن تضاف الفرقة إلى إسلام من أسلم؛ لأن بإسلامه تحقق اختلاف الدين المانع من استدامة النكاح وبقائه.

٩١٨٧ - القول الراجح:

ومن عرض الأقوال المختلفة وأدلتها ومناقشتها وما يرد عليها من إيرادات واعتراضات يترجح عندي قول الحنفية؛ لأنه لم يثبت عن النبي ﷺ تعجيل الفرقة بإسلام أحد الزوجين، كما لا يثبت عنه ﷺ مراعاة مدة العدة بحيث إذا لم يسلم الزوج الآخر قبل انقضائها تقع الفرقة، فلم يبق إلا عرض الإسلام على من لم يسلم من الزوجين، فإن أسلم فالنكاح باق وإن أبى فرق الحاكم بينهما كما ثبت ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث حكم بالتفريق لعدم إسلام الزوج الآخر بعد عرض الإسلام عليه. والظاهر أن عرض الإسلام على الزوج الذي لم يسلم ليس له مدة محددة وإنما يعرضه الحاكم عليه عند نظره في موضوع النكاح بعد إسلام أحد الزوجين حيث يجب البت في أمر نكاحهما: فإما أن يُقرّا عليه، وإما أن يتوقف إقرارهما عليه على إسلام الزوج الآخر، فيعرض الحاكم عليه الإسلام، فإن أسلم أقرّهما الحاكم على نكاحهما وإن أبى أن يسلم حكم الحاكم بالتفريق بينهما وما لم يفرق الحاكم بينهما يعتبر النكاح قائماً. ومما يؤيد ما استظهرناه وقلناه أن سيدنا عمر - رضي الله عنه - لم يحدد مدة لإسلام الزوج الآخر وإنما عرض عليه الإسلام بعد أن رفعت إليه قضية التغلبي النصراني الذي أسلمت زوجته فقال له عمر: إما أن تسلم وإما أن نزعنا منك زوجتك - أي فرقنا بينك وبينها -. ولكن مع هذا فينبغي أن لا تطول المدة بين إسلام أحد الزوجين وبين عرض الإسلام على الزوج الآخر، وهذا يقتضي رفع الأمر إلى الحاكم فوراً، لا سيما وأن هذه الدعوى من دعاوى الحسبة لما فيها من حلّ وحرمة؛ لأنه لا يجوز نكاح الكافر مسلمة، ولا يجوز نكاح المسلم مشركة، ومالم يسلم الزوج الذي لم يسلم يجب التفريق بينهما، وهذا يتم بعرض الإسلام عليه ليتبين إسلامه أو إباؤه الإسلام، والعرض يكون من قبل القاضي، وهذا يستلزم التعجيل برفع الدعوى إليه من قبل الزوج الذي أسلم أو من قبل غيرهما؛ لأنها من دعاوى الحسبة كما قلت، ودعاوى الحسبة يجوز لكل مسلم أن يتدخل فيها ويرفعها إلى القاضي.

٩١٨٨ - نوع الفرقة بسبب إباء الإسلام:

وإذا وقعت الفرقة بسبب إباء الإسلام على النحو الذي فصلناه، فقد اختلف العلماء في نوع هذه الفرقة، فالجمهور ومنهم الإمام مالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف على أنها فرقة فسخ. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنها فرقة فسخ إذا أسلم الزوج وأبت الزوجة الإسلام، وهي فرقة طلاق إذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام[11146].

٩١٨٩ ـ أدلة الجمهور ومخالفيهم:

أ : أدلة الجمهور:

احتج الجمهور لقولهم إنها فرقة فسخ بأنها لم تقع بلفظ الطلاق، وإنما وقعت بحكم الشرع، فتكون فرقة فسخ لا فرقة طلاق كالفرقة بسبب الرضاع[11147]. واحتج أبو يوسف بأن هذه الفرقة يشترك في سببها الزوجان وهو إباء الإسلام والفرقة بسببها فسخ، فكذا تكون بسبب إبائه الإسلام[11148].

ب : حجة أبي حنيفة ومحمد:

إن المرأة إذا أسلمت وأبى الزوج الإسلام، فقد فات الإمساك بالمعروف، فيتعين التسريح بإحسان، فإن طلّقها فبها، وإلا ناب القاضي منابه فتكون الفرقة فرقة طلاق؛ لأن القاضي ينوب عنه فيما إليه التفريق به، والذي إليه هو الطلاق، فتكون الفرقة فرقة طلاق لا فسخ كما في حالة التفريق بالجبّ والعنّة، وهذا بخلاف ما لو كان الزوج هو الذي أسلم والزوجة أبت أن تسلم، فإن القاضي ينوب منابها فيما لها التفريق به، والذي للمرأة التفريق به، عند جوازه لها، هو الفسخ لا الطلاق فيكون تفريق القاضي في هذه الحالة فسخاً؛ لأنه نائب عنها فيه[11149].

٩١٩٠ ـ ما يترتب على القولين:

أ : يترتب على قولنا: إن الفرقة فرقة طلاق، أنه طلاق بائن لا رجعي إذ لا يمكن أن يكون رجعياً وقد حصل التفريق بحكم الشرع، إذ يحرم أن تكون المسلمة زوجة كافر، ويحرم على المسلم أن تكون زوجته كافرة غير كتابية. كما أن هذه الطلاق ينقص من عدد الطلقات التي

(11146) «المدونة الكبرى» ج٤، ص١٨٥، «شرح الخرشي» ج٣، ص٢٢٩، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤٥١، «كشّاف القناع» ج٣، ص٦٩-٧٠، «الدّر المختار ورد المحتار»، ج٣، ص١٨٨-١٨٩.

(11147) «المغني» ج٦، ص٦١٤، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٥، ص٤١٥.

(11148) «البدائع» ج٢، ص٣٣٧.

(11149) «البدائع» ج٢، ص٣٣٧، «شرح الكنز» للزيلعي و«حاشية الشلبي» ج٢، ص١٧٤-١٧٥.

يملكها الزوج عليها فيما لو جاز نكاحهما في المستقبل بعقد جديد بعد أني يسلم الطرف الآخر.

ب : ويترتب على قولنا بأنها فرقة فسخ لا طلاق، عدم نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على هذه المرأة فيما لو عادا إلى النكاح بعقد جديد بعد أن يسلم الطرف الذي رفض الإسلام.

٩١٩١ ـ هل يجب المهر مع التفريق؟

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب إباء الإسلام من أحد الزوجين على النحو الذي فصلناه، فهل يجب للزوجة على زوجها كل المهر إن كان التفريق بعد الدخول أو نصفه إن كان التفريق قبل الدخول؟ تفصيل بين الفقهاء نوجزه بالآتي:

٩١٩٢ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

إذا كان التفريق بالإباء عن الإسلام من قبلها أو من قبله بعد الدخول، فلها المهر كله. وإن كان الإباء عن الإسلام قبل الدخول، فإن كان الإباء من الزوج فلها نصف المهر، وإن كان بإباء الزوجة فلا مهر لها. فقد جاء في «الهداية»: «ثم إذا فرّق بينهما بإبائها، فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده بالدخول، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها؛ لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الرّدة»[١١١٥٠]، وفي «ردّ المحتار»: «أما لو أسلمت وأبى الزوج، فلها نصف المهر قبل الدخول وكلّه بعده»[١١١٥١]، وفي «الفتاوى الهندية»: «ثم إذا وقعت الفرقة بينهما بالإباء، فإن كان بعد الدخول فلها المهر كلّه، وإن كان قبل الدخول، فإن كان بإبائه فلها نصف المهر، وإن كان بإبائها فلا مهر لها»[١١١٥٢].

٩١٩٣ ـ ثانياً: مذهب الشافعية[١١١٥٣]:

أ : إذا وقعت الفرقة بعد الدخول بسبب إسلامه وعدم إسلامها أو بسبب إسلامها وعدم إسلامه، فلها المهر المسمى كلّه إن كانت تسميته صحيحة لاستقراره وتأكده بالدخول. وإن كانت تسميته فاسدة كما لو كان المهر خمراً أو خنزيراً، فلها مهر المثل.

ب : وإن وقعت الفرقة قبل الدخول بسبب إسلامها، فلا شيء لها من المهر؛ لأن الفرقة

(١١١٥٠) «الهداية وفتح القدير» ج٢، ص٥٠٨.

(١١١٥١) «رد المحتار» لابن عابدين على «الدر المختار» ج٣، ص٢١٩٠.

(١١١٥٢) «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج١، ص٣٣٨.

(١١١٥٣) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٢٩٤، «مغني المحتاجة ج٣، ص١٩٤ـ١٩٥.

جاءت من قبلها، وهذا على القول المشهور في المذهب، وعلى القول الآخر لها نصف المهر؛ لأنها أحسنت بإسلامها.

جـ: وإن وقعت الفرقة قبل الدخول بسبب إسلامه، فلها نصف المهر المسمى إن كان المسمى يصلح أن يكون مهراً، فإن كان فاسداً لا يصلح أن يكون مهراً كالخمر فلها نصف مهر المثل.

٩١٩٤ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[١١١٥٤]:

أ: الفرقة قبل الدخول:

قالوا إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بإسلام الزوج فلها نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة، وإن كانت التسمية فاسدة مثل أن يجعل مهرها خمراً أو خنزيراً، فلها نصف مهر مثلها؛ لأن الفرقة حصلت بفعله أي بإسلامه. وإن حصلت الفرقة بإسلام الزوجة فلا شيء لها؛ لأن الفرقة حصلت قبل الدخول وبسبب منها وهو إسلامها. وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والأوزاعي وابن شبرمة. وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هي التي أسلمت، واختارها أبو بكر من الحنابلة وبه قال قتادة والثوري؛ لأنها فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف المهر المسمى.

ب: الفرقة بعد الدخول:

وإذا حصلت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول، فلها المهر كاملاً؛ لأنه استقر وتأكد بالدخول فلم يسقط بشيء. فإن كان المهر المسمى صحيحاً فهو لها، وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر، فليس لها غيره؛ لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم، وإن لم تقبضه وهو حرام، فلها مهر مثلها؛ لأن الحرام لا يجوز أن يكون مهراً لمسلمة ولا في نكاح مسلم.

٩١٩٥ ـ بم يصير غير المسلم مسلماً:

ذكرنا إسلام أحد الزوجين الكافرين وأثره في بقاء النكاح أو زواله إذا رفض الزوج الآخر الإسلام بعد عرضه عليه، ونسأل هنا بم يصير غير المسلم مسلماً؟ والجواب: إذا نطق بالشهادتين بأن قال أو يقول: أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً رسول الله، فإنه يصير مسلماً ونطبق عليه أحكام الإسلام؛ لأنه صار مسلماً من حيث الظاهر ومن جملة أحكام الإسلام التي نطبقها عليه بسبب إسلامه ما ذكرناه من جهة بقاء نكاحه أو انفساخه على النحو الذي

(١١١٥٤) «المغني» ج٦، ص٦١٥-٦١٨.

فصلناه، سواء الذي أسلم بنطقه بالشهادتين الزوج أو الزوجة. أما إعلان إسلامه أمام القاضي في المحكمة وتزويده بحجة إسلامه فهذا يراد لإثبات انتقاله إلى دين الإسلام وليس لصحة إسلامه، فالنطق بالشهادتين على وجه الإيمان وإرادة الدخول في الإسلام، يكفي لاعتباره مسلماً من حيث الظاهر وفي أحكام الدنيا، سواء كان في قلبه مصدّقاً بما نطق بلسانه أو غير مصدّق؛ لأننا نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، وفي هذا يقول الإمام الغزالى ـ رحمه الله تعالى ـ: «الدرجة السادسة، أن يقول بلسانه (لا إله إلا الله محمد رسول الله) ولكن لم يصدق بقلبه، فلا شك في أنه في حكم الآخرة من الكفار وأنه مخلّد في النار، ولا شك أنه في حكم الدنيا من المسلمين؛ لأن قلبه لا نطلع عليه، وعلينا أن نظن به أنه ما قاله بلسانه إلا وهو منطوٍ عليه في قلبه»[11155].

٩١٩٦ ـ لا يجوز للقاضي ردّ إسلام من أسلم من الزوجين:

ولا يجوز للقاضي ردّ إسلام من أسلم من الزوجين إذا أعلن إسلامه أمامه ونطق بالشهادتين، بحجة أنه غير صادق بإسلامه وأنه يريد بإسلامه تطليق زوجته المسيحية، أو أن المرأة تريد بإسلامها فسخ نكاحها من زوجها المسيحي إذا أصرّ على دينه ولم يتحول إلى الإسلام. فكل هذه الحجج باطلة وغير مقبولة، ولا يجوز للقاضي مطلقاً أن يستند إليها فيرد إسلام من أسلم من الزوجين؛ لأننا نقبل إسلام من يسلم ونعتبره مسلماً من حيث الظاهر، ونحسن به الظنّ، ونطبق عليه أحكام الإسلام، وقد ذكرنا قول الإمام الغزالي ـ رحمه الله تعالى ـ ونزيد هنا حُجّة أخرى أو دليلاً آخر على ما قاله الإمام الغزالي وهو قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّها الَّذينَ آمَنوا إذا ضَرَبْتُم في سَبِيل اللهِ فَتَبيَّنُوا وَلاَ تَقُولوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمْ السَّلاَمَ لَسْتَ مُؤمِناً**..﴾[11156]، وقد جاء بصدد هذه الآية وسبب نزولها ما ذكره الإمام القرطبي في «تفسيره» فقد قال ـ رحمه الله تعالى ـ: «وهذه الآية نزلت في قوم من المسلمين مرّوا في سفرهم برجل معه جمل وغنيمة يبيعها، فسلم على القوم وقال: لا إله إلا الله محمد رسول الله، فحمل عليه أحدهم فقتله، فلما ذكر ذلك للنبي ﷺ شقَّ عليه ونزلت الآية. وفي «سنن ابن ماجه» عن عمران بن حصين قال: بعث رسول الله ﷺ جيشاً من المسلمين إلى المشركين فقاتلوهم قتالاً شديداً فمنحوهم أكتافهم ـ أي فرّوا هاربين ـ فحمل رجل من المسلمين على رجل من المشركين بالرمح فلما غشيه قال: أشهد أن لا إله إلا الله، إني مسلم فطعنه فقتله. فأتى إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، هلكتُ، قال: وما الذي صنعت؟ مرة أو مرتين، فأخبره بالذي صنع. فقال له رسول الله ﷺ: فهلّا شققت

(١١١٥٥) «إحياء علوم الدين» ج١، ص١٠٥.

(١١١٥٦) [سورة النساء، من الآية ٩٤].

عن بطنه فعلمتَ ما في قلبه، فقال: يا رسول الله لو شققتُ بطنه أكنتُ أعلم ما في قلبه؟ قال: لا، فلا أنتَ قبلت ما تكلمَ به ولا أنت تعلم ما في قلبه. فسكت عنه رسول الله ﷺ فلم يلبث إلا يسيراً حتى مات...»[11157]. وإذا كان الواجب ـ كما دلّت عليه هذه الآية ـ قبول إسلام من يسلم بالحرب بنطقه بالشهادتين وعدم جواز رفض إسلامه بحجة أنه يريد بإعلان إسلامه التخلص من القتل مع وجود هذا الاحتمال؛ لأن الحالة حالة حرب وقتال فعلي، أقول إذا كان لا يجوز ردّ إسلام من يسلم في القتال فمن الأولى أن لا يجوز ردّ إسلام من يعلن إسلامه في غير حالة القتال كإسلام أحد الزوجين في دار الإسلام وباختياره وبمجيئه إلى القاضي ليعلن إسلامه أمامه.

(11157) «تفسير القرطبي، أحكام القرآن» ج٥، ص٣٣٦-٣٣٧.

الفصل السابع عشر
التفريق بسبب ردة أحد الزوجين

٩١٩٧ ـ تمهيد:

الردّة في الاصطلاح الشرعي الرجوع عن الإسلام. والمرتدّ هو الراجع عن الإسلام سواء خرج من الإسلام إلى غير دين أو إلى دين آخر اعتنقه، وقد تكلمنا على الردّة باعتبارها جريمة وما يصير به الشخص مرتداً وعقوبة المرتد والمرتدّة[11158]، كما بينا بطلان زواج المرتد أو المرتدة؛ لأن الزواج يعتمد الملّة، والمرتدّ أو المرتدّة لا ملّة لهما[11159].

موضوع الفصل:

وكلامنا في هذا الفصل يتعلق بأثر الردة في بقاء النكاح، وهل يترتب على ردّة أحد الزوجين أو كليهما وجوب التفريق بينهما أم لا؟ وما نوع الفرقة الواقعة بسبب الردّة إن قلنا بوقوعها؟ وهل يجب المهر أو بعضه إذا وقعت الفرقة بسبب الردّة؟ هذا ما نريد بيانه في هذا الفصل بذكر أقوال المذاهب المختلفة.

٩١٩٨ ـ أولاً: مذهب الحنفية[11160]

أ: وقوع الفرقة في الحال بردّة أحد الزوجين:

إذا ارتـدّ أحد الزوجين المسلمين، أو ارتدّ المسلم زوج الكتابية وقعت الفرقة بينهما في الحال قبل الدخول وبعده؛ لأن الردّة بمنزلة الموت لأنها سبب يفضي إليه، والميت لا يكون محلاً للنكاح، ولهذا لم يجز نكاح المرتدّ في الابتداء فكذا في حال البقاء ـ أي بقاء النكاح ـ؛ ولأنه لا عصمة مع الردّة، وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة.

(11158) الفقرات من ٥٣٢٠، وما بعدها.

(11159) الفقرة ٦٤٠٧.

(11160) «المبسوط» ج٥، ص٤٩، «البدائع» ج٢، ص٣٣٧-٣٣٨، «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج١، ص٢٨١.

٩١٩٩ ـ ب : الفرقة تثبت بنفس ردّة أحد الزوجين:

والفرقة بردّة أحد الزوجين تثبت بنفس الردّة، وتعتبر فرقة بغير طلاق ـ أي فرقة فسخ ـ إذا كانت بسبب ردّة الزوجة بغير خلاف بين الحنفية وتعتبر أيضاً فرقة فسخ إذا كانت بسبب ردّة الزوج في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد تعتبر فرقة طلاق.

٩٢٠٠ ـ جـ : إذا ارتد الزوجان معاً هل تقع الفرقة؟

وإذا ارتد الزوجان معاً لا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى لو أسلما معاً فهما على نكاحهما. والقياس وقوع الفرقة بردّتهما معاً، وهو قول الإمام زفر.

(وجه) قول زفر، وهو القياس، أنه لو ارتد أحدهما لوقعت الفرقة، فكذا إذا ارتدّا معاً؛ لأن في ردّتهما ردّة أحدهما وزيادة.

(وجه) الاستحسان، إجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فإن العرب لما ارتدّت في زمن أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ ثم أسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم.

٩٢٠١ ـ د : إذا ارتدا وعاد أحدهما إلى الإسلام:

إذا ارتد الزوجان معاً وعاد أحدهما إلى الإسلام وقعت الفرقة بينهما؛ لأنه لا يجوز نكاح وأحد طرفيه مرتدّ، سواء كان هذا الطرف الزوج أو الزوجة.

٩٢٠٢ ـ هـ : زوجة المسلم الكتابية إذا تمجّست:

إذا كانت زوجة المسلم كتابية ثم تمجّست أو صارت وثنية وقعت الفرقة بينهما؛ لأن غير الكتابية لا تصلح أن تكون زوجة لمسلم ابتداءً فكذا بقاءً.

٩٢٠٣ ـ و : زوجة المسلم يهودية فتنصّرت:

إذا كانت زوجة المسلم يهودية فتنصّرت أو كانت نصرانية فتهوّدت لم تقع الفرقة ولم يعترض عليها، ولا تجبر على العودة إلى دينها السابق؛ لأنها انتقلت من باطل إلى باطل، والجبر على الباطل باطل. وكذا لا تجبر على الإسلام؛ لأنه لا إكراه في الدين.

٩٢٠٤ ـ حكم المهر بعد الردّة:

وأما حكم المهر بعد الردّة ووقوع الفرقة، فقد قال الحنفية: إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن كان قد دخل بها، ولها نصفه إن لم يكن قد دخل بها. وإن كانت الزوجة هي المرتدّة، فلها كل المهر إن كان قد دخل بها، ولا مهر لها إن لم يدخل بها.

٩٢٠٥ ـ الزوجة المسلمة إذا ارتدت هل تجبر على الإسلام؟

قد ترتدّ الزوجة المسلمة نكاية بزوجها ولتفسخ نكاحها تخلصاً منه، فهل تجبر على الرجوع إلى الإسلام؟ جاء في «الفتاوى الهندية»: «لو أجرت ـ أي الزوجة المسلمة ـ كلمة الكفر على لسانها مغايظة لزوجها أو إخراجاً لنفسها عن حبالته أو لاستيجاب المهر عليه بنكاح مستأنف، تجبر على الإسلام. ولكل قاضي أن يجدد النكاح ولو بدينار سخطت أو رضيت، وليس لها أن تتزوج إلا بزوجها»[١١١٦١].

٩٢٠٦ ـ ثانياً: مذهب الشافعية[١١١٦٢]:

أ: إذا ارتدّ الزوجان أو أحدهما:

إذا ارتد الزوجان أو أحدهما، فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة بانفساخ النكاح. وإن كان ارتدادهما أو أحدهما بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن رجع المرتد منهما إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على نكاحهما، وإن لم يجتمعا على الإسلام حتى انقضت العدة انفسخ النكاح ووقعت الفرقة.

٩٢٠٧ ـ الانتقال من اليهودية إلى النصرانية وبالعكس:

ولو تهوّد نصراني أو عكسه لم يقرّ على ما انتقل إليه من دين على القول الأظهر عند الشافعية، فإن كانت المنتقلة امرأة نصرانية فتهوّدت أو يهودية فتنصّرت لم تحلّ لمسلم؛ لأنها لم تُقرّ على ما انتقلت إليه كالمرتدّة. وإن كانت المنتقلة زوجة مسلم فكردّة مسلمة عن الإسلام فتنجز الفرقة بينهما قبل الدخول، وكذا بعده إن لم تسلم قبل انقضاء العدة.

٩٢٠٨ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[١١١٦٣]:

أ: الردّة قبل الدخول:

إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح، قال ابن قدامة الحنبلي وهذا قول عامة أهل العلم، لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ﴾.

(١١١٦١) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٢٨١.

(١١١٦٢) «المجموع» ج١٥، ص٤٧٠ـ٤٧١، «نهاية المحتاج» ج٦، ص٢٨٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص١٩٠.

(١١١٦٣) «المغني» ج٦، ص٦٣٨ـ٦٤٠.

٩٢٠٩ - ب : الردّة بعد الدخول:

وإذا ارتدّ أحد الزوجين بعد الدخول فعن أحمد روايتان:

الأولى: تتعجل الفرقة؛ لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

والرواية الثانية: تقف الفرقة على انقضاء العدّة، فإن أسلم المرتدّ قبل انقضائها فهما على نكاحهما، وإن لم يسلم حتى انقضت العدّة بانت منه من حين اختلف الدينان؛ لأنه - أي الردّة - لفظ تقع به الفرقة، **فإذا وجد بعد الدخول جاز أن تقف الفرقة على انقضاء العدّة كالطلاق** الرجعي، فلا يوجب فسخه في الحال كإسلام الكافرة الحربية تحت الحربي في دار الحرب. وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع.

٩٢١٠ - جـ : إذا ارتدّ الزوجان معاً:

إن ارتدّ الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما: إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وإن كان بعده، فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدّة؟ على روايتين في المذهب.

٩٢١١ - د : حكم المهر بردة أحد الزوجين قبل الدخول:

إن ارتدت الزوجة قبل الدخول فلا مهر لها؛ لأن الفسخ من قبلها، وإن كان الزوج هو المرتد قبل الدخول فعليه نصف المهر؛ لأن الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلّق. وإن كانت التسمية - تسمية المهر - فاسدة، فعليها نصف مهر المثل.

٩٢١٢ - هـ: ردّة أحد الزوجين بعد الدخول:

وإن كانت ردّة أحدهما بعد الدخول، فلها كل المهر - كما يبدو وإن لم يصرحوا به -؛ لأن المهر يتأكد بالدخول وقياساً على ما قالوه فيما إذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول أن لها كل المهر لاستقراره بالدخول.

٩٢١٣ - و : ردّة أحد الزوجين تمنع الوطء:

وإذا ارتدّ أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع ذلك من وطئها، أي لا يجوز وطؤها فإن وطئها في عدتها، وقلنا إن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع المهر الذي ثبت لها عليه بعقد النكاح؛ لأنه وطأ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها. وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدّة، فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها وكانت الردّة منهما، فلا مهر لها عليه

لهذا الوطء؛ لأنا تبيّنا أن النكاح لم يزل قائماً؛ لأنه وطِئها وهي زوجته. وإن ثبتا على ردّتهما أو ثبت المرتدّ منهما على ردته حتى انقضت عدتها، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء؛ لأنه وطء في غير نكاح.

٩٢١٤ ـ رابعاً: مذهب الجعفرية[١١١٦٤]:

إذا ارتدّ أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال وسقط المهر إن كانت المرأة هي المرتدة، وسقط نصف المهر إن كان الزوج هو المرتدّ. ولو وقعت الردّة من أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة، فإن عاد من ارتدّ إلى الإسلام منهما على نكاحهما وإلا فسخ النكاح ولا يسقط شيء من المهر لاستقراره بالدخول.

٩٢١٥ ـ خامساً: مذهب المالكية[١١١٦٥]:

أ : نوع الفرقة بردّة أحد الزوجين:

تقع الفرقة بردّة أحد الزوجين، وهي فرقة بطلاق على المشهور في المذهب، فتقع بالردّة طلقة بائنة لا رجعية. وقال بعضهم تقع طلقة رجعية. وثمرة الخلاف عدم رجعتها إن تاب في العدّة إن قلنا تقع طلقة بائنة، بل لا بدّ من عقد جديد إن أراد إرجاعها بعد أن يسلم المرتدّ. وعلى القول إنها طلقة رجعية، له أن يرجعها خلال العدّة إذا أسلم من ارتدّ منهما. وقيل إن الفرقة بالردّة فرقة فسخ لا طلاق، وهو قول ابن الماجشون وابن أبي أويس، وعلى هذا القول إذا تاب المرتدّ منهما ورجع إلى الإسلام وجدد الزوج عقد النكاح فإنها ترجع إليه وهو يملك عليها ما كان يملكه عليها من عدد الطلقات قبل فرقة الردّة، وعلى القول المشهور تعود إليه وهو يملك عليها طلقتين؛ لأن الفرقة بالردّة فرقة بطلاق بائن على المشهور في المذهب كما قلنا.

ويبدو أن من قال منهم: إن الفرقة بطلاق رجعي، هذا إذا وقعت الفرقة بعد الدخول، أما إذا وقعت الفرقة بالردّة قبل الدخول، فلا بدّ أن تكون بطلقة بائنة؛ لأن الطلاق قبل الدخول لا عدّة فيه.

٩٢١٦ ـ ب : ردّة الزوجة بقصد فسخ النكاح:

وإذا ارتدت الزوجة بقصد فسخ نكاحها تخلصاً من زوجها، عوملت بنقيض قصدها، فلا يفسخ نكاحها عند فريق من المالكية اعتماداً على ما رواه علي بن زياد عن مالك قوله: «إذا

(١١١٦٤) «شرائع الإسلام» ج٢. ص٢٩٤.

(١١١٦٥) «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٢٧٠.

ارتدّت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح لا يكون ذلك طلاقاً، وتبقى على عصمته» أما إذا قصد الزوج بردّته فسخ النكاح، فلا خلاف بين المالكية في اعتبار قصده؛ لأن العصمة بيده فتقع الفرقة التي قصدها بردّته.

٩٢١٧ ـ جـ : حكم المهر بردّة أحد الزوجين:

إن وقع الارتداد قبل الدخول فلها نصف المهر، وهذا على القول بأن الفرقة بالردّة طلاق. وأما على القول بأنها فسخ فلا شيء لها. ويلاحظ أنهم لم يفرقوا فيما قالوه بين وقوع الفرقة بردّة الزوجة أو بردّة الزوج. أما إذا وقعت الفرقة بعد الدخول، فالظاهر أنها تستحق كل المهر لتأكده واستقراره بالدخول.

٩٢١٨ ـ سادساً: مذهب الزيدية(١١١٦٦):

قالوا: يرتفع النكاح بأحد أمور أربعة: (الأول) أن تكون ملّتهما واحدة عند عقد الزواج، ثم طرأ عليها اختلاف، فإنه يرتفع بينهما بتجدد اختلاف الملّتين، كما لو كانا مسلمين فيرتد أحدهما فإنه ينفسخ النكاح وتقع الفرقة في الحال، وسواء كانت مدخولاً بها أم غير مدخول بها. وقال المؤيد بالله: إن كانت غير مدخول بها، وقعت الفرقة في الحال، وإن كانت مدخولاً بها لم تقع الفرقة إلا بعد انقضاء العدّة دون أن يسلم من ارتدّ منهما.

٩٢١٩ ـ سابعاً: مذهب الظاهرية:

قال الفقيه ابن حزم الظاهري ـ رحمه الله تعالى ـ: «ما يقع به فسخ النكاح بعد صحته أمور. .

(وثالثها): أنه يرتدّ هو ـ أي الزوج ـ دونها.

(ورابعها): أن ترتدّ هي ـ أي الزوجة ـ دونه.

(وخامسها): أن يرتدا معاً. ففي كل هذه الوجوه ينفسخ نكاحهما، سواء راجع الإسلام أو راجعت الإسلام أو راجعاه معاً، لا ترجع إليه البتّة في كل ذلك إلا برضاهما وبصداق ـ مهر ـ ووليّ وأشهاد، ولا يجب أن يراعى في شيء من عدة ولا عرض إسلام»(١١١٦٧).

(١١١٦٦) «شرح الأزهار» ج٢، ص٣٢٢-٣٢٣.

(١١١٦٧) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص١٤٣.

الفصل الثامن عشر
التفريق لعدم الوفاء بالشرط

٩٢٢٠ ـ تمهيد:

تكلمنا فيما سبق عن الشروط المقترنة بعقد النكاح وأقوال الفقهاء في جوازها. وما يجوز اشتراطه من الشروط ومالا يجوز، وبيّنا الراجح من هذه الأقوال. ونريد في هذا الفصل أن نبيّن أقوال الفقهاء فيما يترتب على عدم الوفاء بما اشترطته لنفسها في عقد النكاح، وهل تملك حقّ فسخ النكاح أو تطليق نفسها لعدم وفاء زوجها بما اشترطته عليه من شروط أم لا؟

٩٢٢١ ـ للمرأة حقّ فسخ النكاح لعدم وفاء زوجها بالشرط:

قال الإمـام ابن قدامـة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ: «الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة: (أحدهما) يلزم الوفاء به، وهو ما يعود إليها نفعة وفائدته مثل أن يشترط لها الزوج أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح. يروى هذا عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو ابن العاص ـ رضي الله عنهم ـ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس والأوزاعي وإسحاق[١١١٦٨].

وقد خالف في هذا فقهاء آخرون فقالوا ببطلان هذه الشروط، ومن هؤلاء الزهري وقتادة ومالك والليث، والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي[١١١٦٩]. وقد بيّنا أدلة هؤلاء والردّ عليها، وبيّنا أن الراجح قول من اعتبر هذه الشروط في عقد النكاح، فلا نعيد هنا ما ذكرناه هناك[١١١٧٠].

٩٢٢٢ ـ حق الزوجة في الفسخ على التراخي:

وحقّ الزوجة في فسخ النكاح إذا لم يفِ الزوج بما اشترطه لها من شروط، هذا الحق يثبت

(١١١٦٨) «المغني» ج٦، ص٥٤٨.

(١١١٦٩) «المغني» ج٦، ص٥٤٨ـ٥٤٩.

(١١١٧٠) انظر الفقرات ٥٩٨٠ـ٥٩٩١.

للزوجة على التراخي، فلا يلزمها العمل به فوراً؛ لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عنها، فكان على التراخي، لأنها أدرى بمصلحتها وأعرف بما ينفعها من الفورية في الفسخ أو التأني والتأمل والتراخي فيه(11171).

٩٢٢٣ ـ ما يسقط حقّ الزوجة في الفسخ:

وخيار الزوجة في فسخ النكاح لعدم وفاء الزوج بالشرط، لا يسقط هذا الخيار إلا برضا الزوجة بعدم وفاء الزوج بالشرط، سواء كان هذا الرضا منها بالقول أو بالفعل بأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط. فإن لم تعلم بعدم وفائه بالشرط ومكنته من وطئِها لم يسقط خيارها(11172).

٩٢٢٤ ـ خيار الفسخ خاص بالنكاح الذي ورد فيه الشرط:

وخيار الفسخ لعدم الوفاء بالشرط يختص بعقد النكاح الذي ورد فيه الشرط فإذا طلّقها الزوج ثم عقد عليها عقد نكاح جديد ليس فيه الشرط القديم، لم يثبت لها خيار الفسخ إذا خالف الزوج مضمون الشرط القديم؛ لأنه لم يرد في عقد النكاح الجديد، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا تلزم هذه الشروط إلا في النكاح الذي شرطت فيه، فإن بانت ـ أي الزوجة ـ المشترطة منه ثم تزوجها ثانياً، لم تعد الشروط؛ لأن زوال العقد زوال لما هو مرتبط به»(11173).

٩٢٢٥ ـ رفع الدعوى بفسخ النكاح:

وإذا شرطت الزوجة لنفسها أو شرط لها زوجها في عقد النكاح فلم يفِ بالشرط وأرادت الزوجة فسخ النكاح لعدم وفائه بالشرط، فهل يجب عليها رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي المختص، أم تملك فسخ النكاح بإرادتها دون حاجة إلى مراجعة القاضي ورفع دعوى الفسخ إليه؟ الظاهر، لا بد من رفع الدعوى لسببين:

الأول: إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه من جهة جواز الشروط في النكاح، وفيما يجوز من الشروط إذا قلنا بجواز الاشتراط، وفي إيقاع التفريق عند عدم الوفاء، وحكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية الخلافية، ويكون حكمه فيها ملزماً لذوي الشأن.

(11171) «كشّاف القناع» ج٣، ص٥٣.

(11172) «كشّاف القناع» ج٣، ص٥٢.

(11173) «كشّاف القناع» ج٣، ص٥٣.

الثاني: إن التفريق لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط، ولا يجوز أن تكون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة بأن تقرر ثبوت عدم الوفاء وتصدر حكمها بالتفريق، وإنما عليها أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي وأن تقدم البيّنة الشرعية على عدم وفاء الزوج بالشرط حسبَ القاعدة الشرعية: «البيّنة على المدّعي» فإذا ثبت ذلك حكم القاضي بالتفريق ـ أي بفسخ النكاح ـ.

٩٢٢٦ ـ حقّ الزوجة بالفسخ لا يسقط حـق الزوج في الطلاق:

وحقّ الزوجة في فسخ النكاح لعدم وفاء الزوج بما اشترطه لزوجته في عقد النكاح لا يسقط حق الزوج في الطلاق ـ أي في تطليقها بمحض إرادته. ولكن إذا لم يفِ بالشرط وقبل أن تطلب الزوجة فسخ النكاح بادر إلى تطليقها فهل يقع طلاقه؟ قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وإذا شرط الزوج للزوجة في العقد، أو اتفقا قبله أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها صح الشرط، وهو مذهب الإمام أحمد. وإذا فعل ذلك ثم قبل أن تفسخ طلّق، فقياس المذهب أنها لا تملك الفسخ»[١١١٧٤]. والراجح، كما يبدو لي، أن الزوج يملك تطليقها قبل أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي، فإذا رفعت الدعوى، فينبغي القول بلزوم انتظار نتيجة الدعوى، فإن ثبت ما تدعيه الزوجة من عدم وفائه بالشرط وأصدر القاضي حكمه بالتفريق لم يملك الزوج تطليقها، وإن رُدّت دعوى الزوجة، كان له أن يطلّقها.

(١١١٧٤) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية»، ص٢١٨.

الباب الثالث
العدة

٩٢٢٧ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب من أسباب فرق الزواج التي ذكرناها في الباب السابق أو حدثت الفـرقة بسبب وفاة الزوج، وجب على الزوجة أن تنتظر مدة معينة تلتزم فيها ببعض الالتزامات الشرعية: مثل عدم جواز تزوجها قبل انقضاء هذه المدة التي تعرف في الاصطلاح الشرعي بـ (العدّة). فلا بدّ من تعريف (العدّة) في اصطلاح الفقهاء، وبيان دليل مشروعيتها، والحكمة من تشريعها وأنواعها ومقدار كل نوع، وعلى من تجب هذه الأنواع، ووقت ابتدائها وانقضائها، وبِمَ يعرف هذا الانقضاء، وأحوال تحولها من تقدير إلى تقدير، وأخيراً بيان ما يترتب على العدّة من أحكام سواء ما تعلق منها بالمرأة نفسها أو بغيرها مما يمكن تسمية هذه الأحكام بـ (أحكام العدّة). وفي ضوء ما ذكرته من أبحاث العدّة، أقسم هذا الباب إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: تعريف العدّة، وبيان مشروعيتها، وحكمة تشريعها.
الفصل الثاني: أنواع العدّة من حيث نوع الفرقة التي استوجبتها.
الفصل الثالث: أنواع العدّة من حيث نوع مدتها.
الفصل الرابع: ابتداء العدّة، وانقضاؤها، وكيفية احتسابها.
الفصل الخامس: تحول العدّة، وتداخلها وتعددها.
الفصل السادس: أحكام العدّة.



الفصل الأول
تعريف العدة، وبيان مشروعيتها، وحكمة تشريعها

٩٢٢٨ ـ تعريف العدّة في اللغة:

العدّة في اللغة إحصاء الشيء، يقال: عددت الشيء عدة، أي أحصيته إحصاءً. وعدة المرأة ما تعدّه من أيام أقرائها، ويقال: اعتدت المرأة، وانقضت عدّتها[١١١٧٥].

٩٢٢٩ ـ تعريف العدّة في اصطلاح الفقهاء:

عرف الفقهاء العدّة في الاصطلاح الشرعي بتعاريف متعددة نذكر منها ما يأتي:

أ : «العدة في عرف الشرع اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح»[١١١٧٦].

ب : «العدة في الشرع تربص يلـزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت»[١١١٧٧]. والمراد بالتربص الانتظار، أي انتظار انقضاء العدّة[١١١٧٨].

جـ : العـدّة في الشـرع اسم لمـدة تتربص بها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها»[١١١٧٩].

٩٢٣٠ ـ التعريف المختار للعدّة:

وفي ضوء ما قاله الفقهاء في تعريف العدّة في اصطلاح الشرع، يمكن أن نعرفها، ونختار هذا التعريف فنقول: العدّة في الاصطلاح مدة مقدّرة بحكم الشرع تلزم المرأة مراعاة أحكامها عند وقوع الفرقة بينها وبين زوجها.

(١١١٧٥) «لسان العرب» ج٤، ص٢٧٢، ٢٧٥، «الصحاح» للجوهري، ج١، ص٥٠٣.

(١١١٧٦) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص١٩٠.

(١١١٧٧) «فتح القدير» ج٣، ص٢٦٩.

(١١١٧٨) «فتح القدير» ج٣، ص٢٦٩.

(١١١٧٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

٩٢٣١ ـ دليل مشروعيتها:

العدّة واجبة شرعاً، وقد دلّ على وجوبها الكتاب والسنّة والإجماع[١١١٨٠]. أما الكتاب، ففيه آيات كثيرة وردت في وجوبها (منها): قوله تعالى: ﴿والمُطَلقاتُ يتربَّصنَ بأنفُسهنَّ ثلاثةَ قُروءٍ﴾[١١١٨١]، وقوله تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسنَ مِنَ المحيضِ مِنْ نِسَائِكُم إنِ ارْتَبْتُم فَعِدَّتُهنَّ ثلاثة أَشْهر، وَاللاَّئِي لَم يَحِضْنَ. وَأُولاَتُ الأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أنْ يَضَعنَ حَملَهُنَّ﴾[١١١٨٢]. وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتوفَّوْنَ مِنْكُم وَيَذَرُونَ أَزْواجاً يَترَبَّصنَ بِأَنْفُسهِنَّ أَرْبعةَ أَشْهُرٍ وَعَشراً﴾[١١١٨٣].

وفي السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة في وجوب العدّة (منها): قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «اعتدّي في بيت ابن أم مكتوم» وأجمعت الأمة على وجوبها في الجملة[١١١٨٤].

٩٢٣٢ ـ هل تجب العدّة على الرجل:

قد يكون هذا السؤال غريباً بعد أن عرفنا أن العدّة تخص المرأة إذا فارقها زوجها بطلاق أو فسخ أو بوفاته. فكيف إذن جاء في تعريفها في «الدر المختار» في فقه الحنفية بأن العدّة شرعاً تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه»[١١١٨٥]. والجواب: أن الحنفية يريدون بهذا التعريف، أن الرجل أي زوج المعتدّة يلزمه الانتظار مدة العدّة فلا يتزوج أثناءها بأية امرأة إذا كانت هذه المعتدّة هي زوجته الرابعة التي طلّقها أو فسخ نكاحها، كما لا يجوز لها أن تتزوج هي بأي زوج آخر أثناء هذه العدّة. وكذلك يلزم الرجل الانتظار مدة العدّة، فلا يجوز قبل انقضائها أن يتزوج أخت زوجته المعتدّة. ولكن مع هذا التشابه بين المرأة المعتدّة وزوجها في الانتظار مدة العدة في عدم الزواج بالتفصيل الذي ذكرته، هذا التشابه لا يبرر في نظرنا حشر اسم الرجل مع المرأة في تعريف العدّة، ونفضل أن يبقى تعريف العدّة خاصاً بالمرأة ومقصوراً عليها.

٩٢٣٣ ـ حكمة تشريع العدّة:

العدّة تجب عند وجود سببها وهو وقوع الفرقة بين الزوجين، وحكمة تشريعها التأكد من عدم حملها من زوجها الذي فارقها، فلو لم تجب العدّة مع احتمال حملها من زوجها الذي فارقها، فإنها قد تتزوج قبل أن تضع حملها فيطؤها زوجها الجديد وهي حامل من زوجها الأول فيصير

(١١١٨٠) «المغني» ج٧، ص٤٤٨.

(١١١٨١) [سورة البقرة، من الآية ٢٢٨].

(١١١٨٢) [سورة الطلاق، الآية ٤].

(١١١٨٣) [سورة البقرة، الآية ٢٣٤].

(١١١٨٤) «المغني» ج٧، ص٤٤٨.

(١١١٨٥) «الدر المختار» ج٣، ص٥٠٢

ساقياً ماءه زرع غيره، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك، فقد قال ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يسقينَ ماؤه زرع غيره». وإذا جاءت بولد في هذه الحالة فإن نسب الولد يضيع لوجود الشك والاشتباه في نسبه إلى الزوج الأول أو إلى الزوج الثاني، فيضيع الولد لعدم المربي، فوجبت العدّة ليعلم بها فراغ الرحم وعدم شغلها بالحمل، فلا تقع هذه العواقب الوخيمة[11186].

٩٢٣٤ ـ حكمة أخرى في العدّة:

وهناك حكمة أخرى في تشريع العدّة، تظهر في عدّة الطلاق، إذ أن الأصل في الطلاق أن يكـون رجعياً يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في عدتها، فكان في تشريع العدّة تمكين للزوج المطلّق طلاقاً رجعياً إرجاعها إليه خلال مدة العدّة إذا تبين له تسرعه وعجلته في تطليقها، وفي هذا المعنى قال الإمام ابن القيم: «عدّة الطلاق وجبت لتمكن الزوج فيها من الرجعة، ففيها حقّ للزوج، وحقّ للولد، وحقّ للناكح الثاني ـ أي للزوج الثاني إذا رغبت المعتدّة في الزواج بعد انقضاء عدتها ـ فحقّ الزوج ليتمكن من الرجعة في العـدّة، وحقّ الله لوجوب ملازمتهـا المنـزل كمـا نصّ عليه سبحانه وتعالى، وحقّ الولد لئلا يضيع نسبه ولا يُدْرى لأي الواطئين، وحقّ المرأة لما لها من النفقة زمن العدّة لكونها زوجة ـ وهذا في الطلاق الرجعي ـ ترث وتورث . . ».

٩٢٣٥ ـ في عدة الوفاة حكمة أخرى:[11187]:

وفي عدة الوفاة حكمة أخرى، إضافة إلى ما ذكرناه من التأكد من براءة الرحم أو من وجود الحمل، وهذه الحكمة هي إظهار الحزن على وفاة زوجها. وهذا ضرب من ضروب الوفاء لزوجها بعد وفاته، كما أن في حزنها إظهاراً لتحسسها بما فاتها بوفاته من نعمة الزواج الذي شرعه الله؛ لأن الزواج كان نعمة في حقّها؛ لأن الزوج سبب صيانتها وعفافها وإيفائها النفقة ومؤونة العيش، وإنجاب الذرية وصيرورتها أماً وهو ما تتطلع إليه كل أنثى . . ، فوجبت عليها العدّة إظهاراً للحزن بفوت النعمة وتعريفاً بقدرها كما يقول الإمام الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ[11188].

٩٢٣٦ ـ العدّة تجب على زوجة المسلم ولو كانت كتابية:

وتجب العدّة على زوجة المسلم ولو كانت كتابية (يهودية أو نصرانية) إذا وجد سبب وجوبها من طلاق ونحوه قبل الوفاة، أو لوفاة زوجها؛ لأن العدّة تجب بحقّ الله وبحقّ الزوج، قال تعالى:

(١١١٨٦) «البدائع» ج٣، ص١٩١، «الهداية» ج٣، ص٤٧٠.

(١١١٨٧) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٢٠٨-٢٠٩.

(١١١٨٨) «البدائع» ج٣، ص١٩١.

﴿فَمَا لَكُمْ عَليهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونهَا﴾ والكتابية مخاطبة بحقوق العباد، فتجب عليها العدّة، وتُجبر عليها لأجل حقّ الزوج وحق الولد؛ لأنها من أهل حقوق العباد[11189].

(11189) «البدائع» ج٣، ص١٩٢، «المغني» ج٧،د ص٤٤٨.

الفصل الثاني

أنواع العدة من حيث نوع الفرقة التي تستوجبها

٩٢٣٧ - تمهيد

العدّة تكون بعد فرقة بين الزوجين يجمعهما عقد نكاح صحيح، وهذا هو الغالب. ولكن قد يجمع بين رجل وامرأة عقد نكاح فاسد مما يستوجب التفريق بينهما بعد أن حصل في هذا النكاح دخول، فهل تجب في هذه الفرقة عدة على المرأة؟ وقد يحصل وطء بشبهة كما لو زفت امرأة إلى رجل فيطئها يحسبها زوجته فإذا هي ليست زوجته مما يستوجب التفريق، فهل يجب على هذه المرأة الموطؤه بشبهة عدة أم لا؟ وقد يزني رجل بامرأة، فهل يجب على هذه المرأة المزني بها عدة أم لا؟ هذا كلّه ما نريد بيانه في هذا الفصل، وبهذا البيان يتبين أسباب وجوب العدّة.

٩٢٣٨ - منهج البحث:

نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: عدّة الفرقة في النكاح الصحيح.
المبحث الثاني: عدّة الفرقة في النكاح الفاسد.
المبحث الثالث: عدّة الموطوءة بشبهة.
المبحث الرابع: عدّة المزني بها.

المبحث الأول

عدة الفرقة في النكاح الصحيح

٩٢٣٩ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

الفرقة في النكاح الصحيح قد تكون في حياة الزوجين بطلاق أو غيره من أسباب الفرقة في حياة الزوجين. وقد تكون الفرقة بسبب الوفاة ونعني بها هنا وفاة الرجل حيث تجب العدة على زوجته. وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: عدّة الفرقة في حياة الزوجين.

المطلب الثاني: عدّة الوفاة.

المطلب الأول

عدّة الفرقة في حياة الزوجين

٩٢٤٠ ـ لا عدّة بالفرقة قبل الدخول:

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[١١١٩٠] وهذه الآية صريحة في انتفاء العدّة عن الزوجة إذا طلّقها زوجها قبل أن يمسها ـ أي قبل الدخول بها ـ، وعلى هذا إجماع العلماء. وأيضاً فإن العدّة تجب للتأكد من عدم حمل الزوجة وقد تيقنا ذلك ها هنا لعدم حصول الدخول. وهكذا كل فرقة في الحياة بين الزوجين قبل المسيس، كالفرقة بالخلع أو بسبب الرضاع أو اختلاف الدين[١١١٩١].

٩٢٤١ ـ الفرقة بعد الدخول توجب العدّة:

والفرقة بعد الدخول في حياة الزوجين توجب العدّة لمفهوم الآية الكريمة التي ذكرناها في الفقرة السابقة، والتي نصت على انتفاء العدّة عند الفرقة قبل المسيس، فعلم أن الشرط في

(١١١٩٠) [سورة الأحزاب، الآية ٤٩].

(١١١٩١) «المغني» ج٧، ص٤٤٨.

وجوبها وقوع الفرقة بعد الدخول[11192]، وأيضاً فإن قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ يفيد وجوب العدّة بالفرقة بعد الدخول؛ لأن لفظ «والمطلقات» عام خرج منه المطلقات قبل الدخول، فبقي الحكم ـ وجوب العدّة ـ خاصاً بالمدخول بهن»[11193]، وأيضاً فإن العدّة بالفرقة في حياة الزوجين وجبت بطريق استبراء الرحم للحاجة للتأكد من خلوها من الحمل وهذه الحاجة تثبت بعد الدخول لا قبله[11194].

٩٢٤٢ ـ هل تجب العدّة بتحمل ماء الرجل؟

قلنا إن الدخول شرط لوجوب العدّة إذا وقعت الفرقة بين الزوجين في حياتهما، فإذا تحملت الزوجة ماء زوجها، فهل يقوم ذلك مقام الدخول، وبالتالي تجب عليها العدّة إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد أن تحملت ماءه؟ قال الشافعية بالإيجاب، فقد جاء في «مغني المحتاج»: «تجب العدّة بعد وطأ.. أو الفرقة بعد استدخال منيه أي مني الزوج»[11195].

وعند الحنابلة اختلاف ولكن الذي اختاره صاحب «كشّاف القناع» ـ على ما يبدو ـ عدم وجوب العدّة، فقد جاء فيه: «ولا تجب العدّة بتحملها ماء الرجل ـ أي منيه ـ وقال ابن حمدان إن كان ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه، وفي العدة والمهر وجهان، فإن كان حراماً أو ماء من ظنّته زوجها، فلا نسب ولا مهر ولا عدّة في الأصح. وقال في كتاب «المنتهى» ويثبت به نسب وعدّة ومصاهرة ولو من أجنبي»[11196].

٩٢٤٣ ـ هل الفرقة بعد الخلوة توجب العدّة:

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين في حياتهما قبل الدخول ولكن بعد الخلوة الصحيحة، فهل تقوم هذه الخلوة مقام الدخول في وجوب العدّة على الزوجة؟ أقوال للفقهاء يمكن أن نجملها في قولين على النحو التالي:

٩٢٤٤ ـ القول الأول: تجب العدّة:

فالعدّة تجب بالفرقة قبل الدخول، ولكن بعد الخلوة الصحيحة، وهذا قول الحنفية والحنابلة والزيدية، فمن أقوالهم ما يأتي:

٩٢٤٥ ـ من أقوال الحنفية:

(١١١٩٢) «البدائع» ج٣، ص١٩١.

(١١١٩٣) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١١٢

(١١١٩٤) «البدائع» ج٣، ص١٩١.

(١١١٩٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

(١١١٩٦) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٥٨ـ٢٥٩.

جاء في «البدائع» في فقه الحنفية للإمام الكاساني: «إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدّة؛ لأن فيها حقّ الله تعالى وحق الله تعالى يحتاط في إيجابه؛ ولأن التسليم الواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة، فتجب العدّة كما تجب بالدخول»(11197).

٩٢٤٦ - من أقوال الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإن خلا الزوج بها وهي مطاوعة ولو لم يمسّها مع علمه بها فعليها العـدّة، سواء كان بهما أي الزوجين مانع أو كان بأحدهما مانع من الوطء حسي أو شرعي: كإحـرام وصيام، وحيض ونفاس ومرض، وجبّ وعنّة، ورتق وظهار، وإيلاء واعتكاف أو لم يكن لما روى أحمد والأثرم عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً، فقد وجب المهر ووجبت العدّة، وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكـان كالإجمـاع، وضعّف الإمام أحمد ما روي خلافه؛ ولأنه - أي عقد النكاح - عقد على المنافع، فالتمكين منه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام، والحكم معلّق على الخلوة التي هي مظنّة الإصابة (الدخول) دون حقيقة الإصابة. ولو خلا بها واختلفا في الدخول قبل قبول من يدعي الوطء احتياطاً؛ ولأنه أقرب إلى حال الخلوة»(11198).

٩٢٤٧ - من أقوال الزيدية:

جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «العدّة هي إما عن طلاق، فلا تجب إلا بعد دخول أو خلوة بلا مانع عقلي من طفولة أو مرض أو نحوهما مما لا يمكن معه الوطء: كالرتق والجبّ من الأصل لا كالجذام والبرص والجنون، والسلّ والعنة ونحوهما مما لا يمكن معه الوطء فتجب العدّة. والمرأة المخلو بها إذا تيقنت أنه لم يطئها لم تجب عليها العدّة بينها وبين الله تعالى، وإنما يجب في ظاهر الحكم»(11199).

٩٢٤٨ - القول الثاني: لا تجب العدّة:

لا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول في وجوب العدّة، وعلى هذا إذا وقعت الفرقة قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة لم تجب العدّة على الزوجة، وهذا مذهب الشافعية والظاهرية والمالكية والقول الأشهر في مذهب الجعفرية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

(11197) «البدائع» ج٣، ص١٩١.

(11198) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٥٨.

(11199) «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٦٢-٤٦٣.

٩٢٤٩ - من أقوال الشافعية:

جاء في «مغني المحتـاج» في فقه الشافعية: «ولا تجب العدّة بخلوة مجرّدة عن وطأ في الجديد - أي في مذهب الإمام الشافعي الأخير - لمفهوم الآية السابقة. وهي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ، فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[11200].

٩٢٥٠ - من أقوال الظاهرية:

جاء في «المحلى» لابن حزم الظاهري: «وأما سائر وجوه الفسخ والتي لم يطئها زوجها، فلا عدّة على واحدة منهن»[11201].

٩٢٥١ - من أقوال المالكية:

جاء في «الشرح الصغير» للدردير في فقـه المـالكية: «إن اختلى بهـا زوج بالغ لا صبي ولو حال حيضها ونحو ذلك من الموانع الشرعية غير مجبوب، وهي - أي الزوجة - مطيقة للوطء في خلوة يمكن فيها الوطء عادة، وإن تصادقا على نفي الوطء، لأنها أي العدّة حقّ لله فلا يسقطها تصادقهما على نفي الوطء، فإن اختل شرط مما ذكر فلا عدّة عليها»[11202].

٩٢٥٢ - من أقوال الجعفرية:

جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ولا يجب العدّة بالخلوة منفردة عن الوطء على الأشهر. ولو خلا ثم اختلفا في الإصابة - في الوطء - فالقول قوله مع يمينه»[11203].

المطلب الثاني

عــدّة الوفــاة

٩٢٥٣ - نص القرآن العزيز في عدّة الوفاة:

قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[11204].

(١١٢٠٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

(١١٢٠١) «المحلّى» ج١٠، ص٢٥٦.

(١١٢٠٢) «الشرح الصغير» ج١، ص٤٩٧.

(١١٢٠٣) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٤.

(١١٢٠٤) [سورة البقرة، الآية ٢٣٤].

٩٢٥٤ - أقوال المفسرين في آية عدّة الوفاة:

أ : في «أحكام القرآن» للقرطبي : «عدة الوفاة تلزم الحرّة والأمَة والصغيرة والكبيرة، والتي لم تبلغ الحيض والتي حاضت واليائسة من المحيض، والكتابية (اليهودية والنصرانية) دخل بها أو لم يدخل بها لعموم الآية»[١١٢٠٥].

ب : في «تفسير الألوسي» : «وشملت الآية المسلمة والكتابية، وذات الأقراء والمستحاضة، والآيسة والصغيرة، والحرّة والأمَة . . »[١١٢٠٦].

جـ : وفي «تفسير المنار» : «وظاهر الآية أن هذا التحديد لعدّة الوفاة يشمل بعمومه الصغيرة والكبيرة والحرّة والأمَة، وذات الحيض واليائسة[١١٢٠٧].

٩٢٥٥ - لا خلاف في وجوب عدّة الوفاة:

لا خلاف بين العلماء في وجوب عدّة الوفاة على الزوجة المتوفى عنها زوجها سواء كانت صغيرة أو كبيرة، تحيض أو لا تحيض، آيسة أو غير آيسة مسلمة كانت أو كتابية تحت مسلم، زوجها صغير أو كبير أو مجبوب. وحجتهم في ذلك عموم الآية التي ذكرناها، وذكر بعض أقوال المفسرين فيها.

٩٢٥٦ - أقوال الفقهاء في عدّة الوفاة:

أ : في «المغني» لابن قدامة الحنبلي : «أجمع أهل العلم على أن عدّة الحرّة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشراً مدخولاً بها أو غير مدخول بها، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُم . . . ﴾»[١١٢٠٨].

ب : في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «الثانية من المعتدات المتوفى عنها زوجها ولو كان طفلاً أو كانت طفلة لا يولد لمثلها ولو قبل الدخول والخلوة، فتعتد إن لم تكن حاملاً منه أربعة أشهر وعشر ليالٍ بعشرة أيام إن كانت حرّة[١١٢٠٩].

جـ : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «عدّة حرّة حائل - غير حامل - لوفاة وإن لم تُوطأ، أو كانت صغيرة أو زوجة صبي أو ممسوخ»[١١٢١٠].

(١١٢٠٥) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج٣، ص١٨٣.

(١١٢٠٦) «تفسير الألوسي» (روح المعاني)، ج٢، ص١٤٩.

(١١٢٠٧) «تفسير المنار» ج٢، ص٤٢٠.

(١١٢٠٨) «المغني» ج٧، ص٤٧٠.

(١١٢٠٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٠.

(١١٢١٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٥.

د : وفي «البدائع» للكاساني : «فتجب هذه العدّة على المتوفى عنها زوجها، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وسواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض؛ لعموم قوله عزّ وجلّ: ﴿وَالَّذِينَ يُتوفَّونَ مِنْكُم . . .﴾ الخ[11211].

هـ : في «المحلّى» لابن حزم: «وعدة الوفاة والأحداد فيها يلزم الصغيرة ولو كانت في المهد»[11212].

و : وفي «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «ولمن توفى زوجها وإن كانت مطلّقة طلاقاً رجعياً أو كانت غير مدخول بها، عدتها أربعة أشهر وعشراً إن كانت حرّة، كان الزوج صغيراً أو كبيراً، حرّاً أو عبداً، كانت هي صغيرة أو كبيرة. .»[11213].

ز : في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «وأما العدّة عن وفاة، فبأربعة أشهر وعشر كيف كان الزوجان ـ أي ولو كانا طفلين أو أحدهما كانت مدخولة أم غير مدخولة. . .»[11214].

ح : وفي «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «تعتد الحرّة المنكوحة بالعقد الصحيح أربعة أشهر وعشراً إذا كانت حائلاً، صغيرة كانت حائلاً، صغيرة كانت أو كبيرة، بالغاً زوجها أو لم يكن، دخل بها أو لم يدخل[11215].

٩٢٥٧ ـ عدّة الوفاة للمطلقة رجعياً:

المطلّقة طلاقاً رجعياً إذا مات زوجها وهي في عدّتها لزمتها عدّة الوفاة من حين وقوعه؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحلّ ما دامت المطلّقة في عدّتها، وبهذا صرّح الفقهاء، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإن مات زوج الرجعية في عدّتها استأنفت عدّة وفاة من حين موته؛ لأنها زوجة فتدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوفَّوْنَ مِنْكُم وَيَذَرُون أَزْواجـاً. .﴾ الآية[11216]. وفي «الشرح الصغير» للدردير: «ولمن توفى زوجها ولو رجعية ـ أي مطلقة طلاقاً رجعياً لا بائناً ـ أو كانت غير مدخول بها أربعة أشهر وعشراً»[11217].

٩٢٥٨ ـ لا خلاف في عدّة الوفاة على المطلقة رجعياً:

ولا خلاف بين العلماء في وجوب عدّة الوفاة على المطلقة رجعياً إذا مات زوجها وهي في

(١١٢١١) «البدائع» ج٣، ص١٩٣.

(١١٢١٢) «المحلّى» ج١٠، ص ١٧٥.

(١١٢١٣) «الشرح الصغير» للدردير، ج١٠، ص١٧٥.

(١١٢١٤) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٦٩-٢٧٠.

(١١٢١٥) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٨.

(١١٢١٦) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦١.

(١١٢١٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٠٠.

العدّة، فقد جاء في «تفسير القرطبي»، بصدد تفسير آية عدة الوفاة التي ذكرناها: «أجمع العلماء على أن من طلّق زوجتـه طلاقـاً يملك رجعتهـا ثم توفي قبـل انقضاء عدّتها، أن عليها عدّة الـوفـاة»[11218]. وفي «المغني» لابن قدامـة الحنبلي: «وإذا مات زوج الرجعية ـ أي المطلقة رجعياً ـ استأنفت عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك، وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلّقة»[11219].

٩٢٥٩ ـ لا عدّة وفاة على المطلّقة بائناً[11219]:

وإذا مات زوج المطلّقة بائناً في عدّتها لم تعتد لوفاته، بل تستمر في عدّتها عدّة الطلاق؛ لأن الزوجية زالت بالطلاق البائن فيتعذر إيجاب عدّة الوفاة عليها[11220].

(١١٢١٨) «تفسير القرطبي» (أحكام القرآن)، ج٣، ص١٨٢.

(١١٢١٩) «المغني» ج٧، ص٤٧١-٤٧٢.

(١١٢٢٠) «المغني» ج٧، ص٤٧٢، «البدائع» ج٣، ص٢٠٠.

المبحث الثاني

عدّة الفرقة في النكاح الفاسد

٩٢٦٠ ـ الفرقة قبل الدخول لا توجب العدّة:

الفرقة بين الزوجين واجبة في النكاح الفاسد؛ لأنه لا يجوز استمرار المعاشرة الزوجية بينهما استناداً إلى نكاح فاسد، وتكون الفرقة إما بتفريق القاضي، وإما بالمتاركة ـ أي بالافتراق من قبلهما دون تدخل القاضي ـ، فإذا حصل التفريق أو المتاركة قبل الدخول، فلا عدّة على المرأة[١١٢٢١]؛ لأن الفرقة قبل الدخول في النكاح الصحيح لا توجب العدّة، ففي النكاح الفاسد أولى.

٩٢٦١ ـ الفرقة بعد الدخول توجب العدّة:

وإذا حصلت الفرقة بعد الدخول وجبت العدّة ولو أن النكاح فاسد[١١٢٢٢]. لأن النكاح الفاسد يعتبر صحيحاً عند الحاجة وقد مسّت الحاجة إلى اعتباره صحيحاً لوجوب العدّة صيانة لماء الرجل بثبوت نسب الولد منه إن كانت المرأة حاملاً منه، ويستوي في وجوب العدّة بعد الدخول حصول الفرقة بالموت ـ أي موت الزوج ـ، أو في حياتهما بتفريق القاضي أو بالمتاركة من الزوجين؛ لأن وجوب العدّة بالفرقة في النكاح الفاسد للتأكد من حمل المرأة أو عدم حملها، وهذا يكون بعد الدخول[١١٢٢٣].

٩٢٦٢ ـ هل تجب العدّة بالفرقة بعد الخلوة؟

وإذا تم التفريق في النكاح الفاسد قبل الدخول وبعد الخلوة، فهل تجب العدّة أم لا؟ والجواب ما يأتي:

(١١٢٢١) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٦.

(١١٢٢٢) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

(١١٢٢٣) «البدائع» ج٣، ص١٩٢.

٩٢٦٣ ـ القول الأول:

القائلون بعدم وجوب العدّة قبل الدخول وبعد الخلوة في النكاح الصحيح، يقولون أيضاً بعدم وجوبها في النكاح الفاسد.

٩٢٦٤ ـ القول الثاني: قول الحنفية:

لا تجب العدّة بالفرقة بعد الخلوة؛ لأن الخلوة الصحيحة أُقيمت مقام الدخول في النكاح الصحيح في وجوب العدّة مع أنها ليست بدخول حقيقة لكونها سبباً مفضياً إلى الدخول، فأقيمت مقامه احتياطاً إقامة للسبب مقام المُسبَّب فيما يحتاط فيه، والخلوة في النكاح الفاسد لا تفضي إلى الدخول لوجود المانع وهو فساد النكاح وحرمة الوطء، فلم توجد الخلوة الحقيقية؛ لأنها لا تتحقق إلا بعد انتفاء الموانع، والمانع قائم كما قلنا وهو فساد النكاح. وكذلك التسليم الواجب بالعقد لم يوجد؛ لأن النكاح الفاسد لا يوجب التسليم، فلا تجب العدّة[١١٢٢٤].

٩٢٦٥ ـ القول الثالث: قول الحنابلة:

وعندهم إذا خلا الرجل بزوجته وهي مطاوعة له ولو لم يمسّها مع علمه بها ولو كانت الخلوة في نكاح فاسد، فعليها العدّة سواء كان بهما مانع أو كان بأحدهما مانع من الوطء.. ولا تجب العدّة بالخلوة بلا وطأ في نكاح مجمع على بطلانه كالخامسة، والمعتدّة سواء فارقها حيّاً أو مات عنها. وإن وطئها في النكاح المجمع على بطلانه ثم مات أو فارقها اعتدّت لوطئه[١١٢٢٥]. فمذهب الحنابلة، وجوب العدّة بالخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد المختلف في فساده، أما المجمع على فساده أو بطلانه كما يعبر الحنابلة، فلا تجب فيه العدّة بمجرد الخلوة، وإنما تجب العدّة بالوطء، فإذا لم يوجد وطأ فلا عدّة.

٩٢٦٦ ـ هل تجب عدّة الوفاة في النكاح الفاسد:

عدّة الوفاة تجب على الزوجة المتوفى عنها زوجها، سواء دخل بها أو لم يدخل، فهل تجب هذه العدّة على المرأة في النكاح الفاسد؟ والجواب: لا تجب؛ لأن الشرط في وجوبها وجود النكاح الصحيح؛ لأن الله تعالى أوجبها على الزوجة، ولا تصير المرأة زوجة حقيقية إلا بالنكاح الصحيح. وأيضاً فإن عدّة الوفاة تجب لمعنى آخر غير استبراء الرحم، وهو إظهار الحزن على ما فاتها من نعمة النكاح، والنكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة، فلم يكن نعمة تستوجب

(١١٢٢٤) «البدائع» ج٣، ص١٩١.

(١١٢٢٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٥٨.

العدّة إظهاراً للحزن على ما فات[11226].

٩٢٦٧ - ولكن لو وطئها زوجها في النكاح الفاسد ومات بعد وطئها، وجبت عليها العدّة لوطئه لا لوفاته، وتكون عدّتها بموجب هذا الوطء لا بموجب الوفاة، فلا تعتد أربعة أشهر وعشراً - وهي عدّة الوفاة -، وإنما تعتد بالقروء إن كانت تحيض، وبالأشهر إن لم تكن تحيض[11227].

(١١٢٢٦) «البدائع» ج٣، ص١٩٢.

(١١٢٢٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٥٨.

المبحث الثالث

عدّة الموطؤة بشبهة

٩٢٦٨ ـ تجب العدّة بالوطء بشبهة:

أ : مذهب الحنفية:

الموطؤة بشبهة كما لو زفّت إليه غير امرأته فوطئها يظنّها امرأته، فالتفريق بينهما واجب، والعدّة واجبة على المرأة؛ لأن الشبهة تقام مقام الحقيقة في موضع الاحتياط وإيجاب العدّة من باب الاحتياط، وهذا مذهب الحنفية[١١٢٢٨].

٩٢٦٩ ـ ب : مذهب الحنابلة والشافعية:

وهذا أيضاً مذهب الحنابلة والشافعية، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «والموطؤة بشبهة تعتد عدّة المطلّقة، وبهذا قال الشافعي؛ لأن وطء الشبهة والنكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح، فكان مثله فيما تحصل به البراءة»[١١٢٢٩]. أي البراءة من شغل الرحم، وهذا يكون بالعدّة فتجب بالوطء بشبهة. وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإنما تجب العدّة إذا حصلت الفرقة المذكورة بعد وطء في نكاح صحيح أو فاسد أو شبهة»[١١٢٣٠].

٩٢٧٠ ـ المتزوجة إذا وطئت بشبهة:

وإذا كانت المرأة ذات زوج فوطئت بشبهة، لم يحلّ لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدّتها؛ لكي لا يفضي ذلك إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب. ولزوجها الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد القولين عند الحنابلة؛ لأنها زوجة حُرّم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض[١١٢٣١].

(١١٢٢٨) «البدائع» ج٣، ص١٩٢.

(١١٢٢٩) «المغني» ج٧، ص٤٥٠.

(١١٢٣٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

(١١٢٣١) «المغني» ج٧، ص٤٥٠.

٩٢٧١ - الموطؤة بشبهة إذا مات من وطئها:

والموطؤة بشبهة إذا مات من وطئها تعتد عدّة الوطء بشبهة لا عدّة المتوفى عنها زوجها؛ لأنها ليست زوجـة لواطئها فتعتد بسبب الوطء لا بسبب وفاة واطئها. وهذه العدّة إما بالأقراء، وإما بالأشهر وإما بوضع الحمل كما سنبيّنه فيما بعد.

المبحث الرابع

عدّة المزني بها

٩٢٧٢ - عدّة المزني بها:

أولاً: مذهب الحنابلة:

المزني بها كالموطوءة بشبهة في العدّة، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال الحسن والنخعي. وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهذا قول مالك، ورُوي عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما -: لا عدّة عليها، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي؛ لأن العدّة لحفظ النسب، ولا يلحق الزاني بالزنى نسب، وقد روي عن علي - رضي الله عنه - ما يدل على ذلك[١١٢٣٢].

٩٢٧٣ - ثانياً: مذهب الحنفية:

جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «لا تجب العدّة على الزانية، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى -»[١١٢٣٣]، وفي «ردّ المحتار» لابن عابدين: «لا عدّة على الحامل من الزنى أصلاً»[١١٢٣٤]، وقال الإمام علاء الدين الكاساني: «ولا تجب عدّة الحبل على الحامل بالزنى؛ لأن الزنى لا يوجب العدّة، إلا أنّه إذا تزوّج امرأة وهي حامل من الزنى جاز النكاح عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يجوز له أن يطأها حتى تضع؛ لئلا يصير ساقياً ماؤه زرع غيره»[١١٢٣٥].

٩٢٧٤ - مذهب الشافعية:

جاء في «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية: «وخرج بالنكاح الزنى فلا عدّة فيه اتفاقاً»[١١٢٣٦].

(١١٢٣٢) «المغني» ج٧، ص٤٥٠.

(١١٢٣٣) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٦.

(١١٢٣٤) «رد المحتار» لابن عابدين، ج٣، ص٥١١.

(١١٢٣٥) «البدائع» ج٣، ص١٩٣.

(١١٢٣٦) «نهاية المحتاج» ج٧، ص١١٩.

٩٢٧٥ - مذهب الظاهرية:

وعند الظاهرية كما جاء في «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «فإن كانت المطلّقة حاملاً من الذي طلّقها أو من زنى أو بإكراه، فعدتها وضع حملها ولو إثر طلاق زوجها بساعة أو أقل»[١١٢٣٧].

٩٢٧٦ - الراجح وجوب العدّة على المزني بها:

والراجح وجوب العدّة على المزني بها؛ لأن الزنى وطء يقتضي شغل الرحم، فوجبت العدّة منه كوطء الشبهة. وتجب بثلاث حيض لا بحيضة واحدة؛ لأنها حرّة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة. وقول النافين وجوب العدّة، إن العدّة وجبت لحفظ النسب، يرد عليه أن وجوب العـدّة لا يختص بحفظ النسب؛ لأنهـا لو اختصت به - كمـا يقولون - لما وجبت العدّة على الملاعنة المنفي ولدها، ولا على الآيسة من المحيض، ولا على الصغيرة[١١٢٣٨].

(١١٢٣٧) «المحلّى» ج١٠، ص٢٦٣.

(١١٢٣٨) «المغني» ج٧، ص٤٥٠.



الفصل الثالث

أنواع العدة من حيث مدتها

٩٢٧٧ ـ تمهيد

إذا وجبت العدّة لوجود سببها، فقد تكون مدّتها بالقروء، وقد تكون بالأشهر، وقد تكون بالمدة التي يستغرقها وضع الحمل. فالعدّة من حيث مدتها ثلاثة أنواع: عدّة تحسب بالقروء، وهـذه هي العدّة بالقروء. وعدّة تحسب بالأشهر وهذه هي العدّة بالأشهر. وعدّة تكون بوضع الحمل وهذه هي العدّة بوضع الحمل.

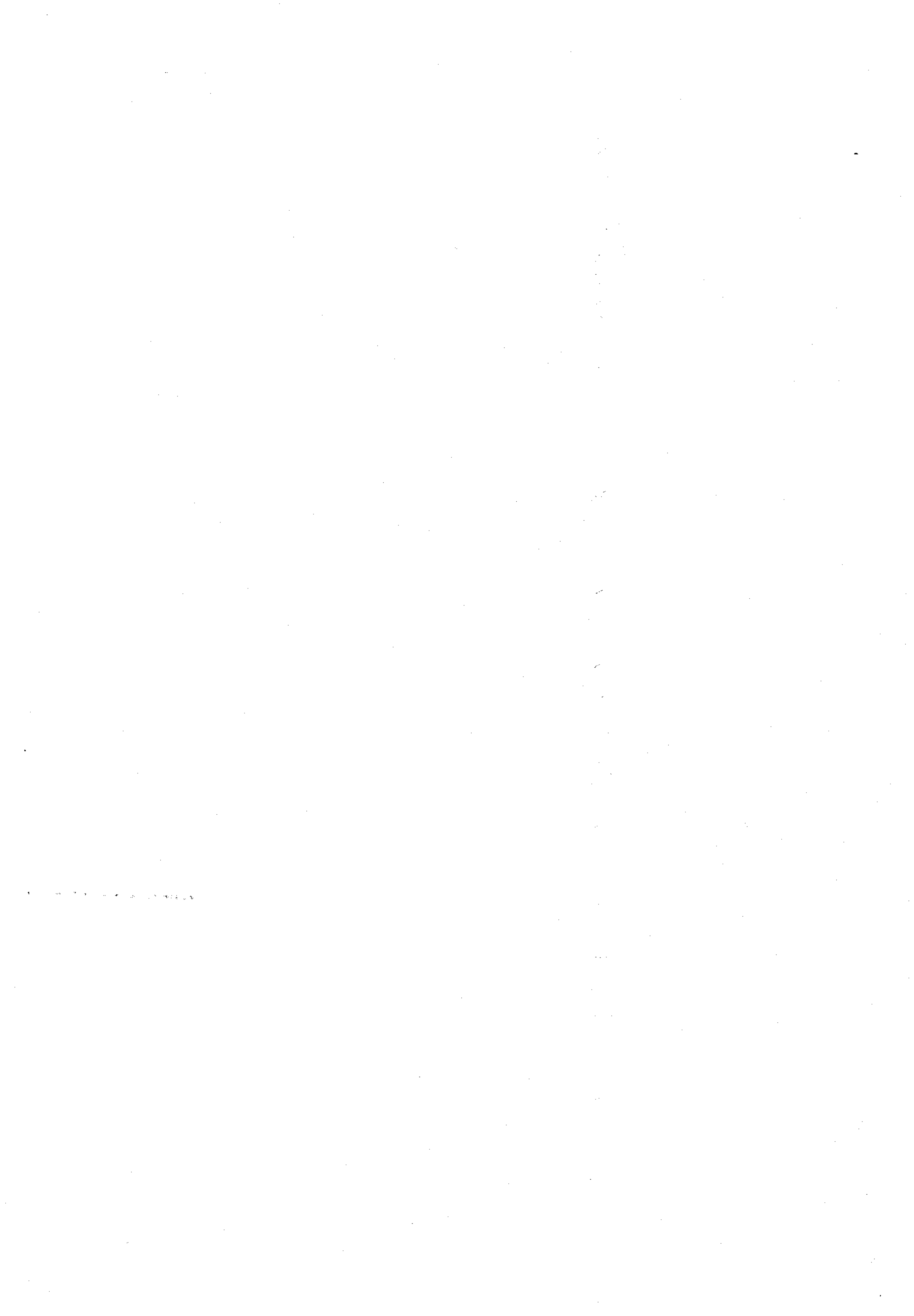
٩٢٧٨ ـ منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: العدّة بالقروء.

المبحث الثاني: العدّة بالأشهر.

المبحث الثالث: عدّة الحبل ـ العدّة بوضع الحمل ـ.



المبحث الأول

العدّة بالقروء

٩٢٧٩ ـ المعتدات بالقروء:

قال الله عزّ وجلّ: ﴿وَالمُطَلَّقاتُ يَتَربَّصْنَ بأَنفُسِهنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوء﴾[١١٢٣٩]. والمقصود بالمطلقات في هذه الآية المدخول بهن غير الحوامل من ذوات الحيض ـ أي ممن يمكن الحيض منهن ـ؛ لأن غير المدخول بها لا عدّة عليها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ المؤمِنَاتِ ثمَّ طَلَّقتُموهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمسُّوهُنَّ، فمَا لَكُمْ عَليهِنَّ مِنَ عِدَّةٍ تَعْتدُّونَهَا﴾[١١٢٤٠]. كما لا تشمل هذه الآية الحوامل بقوله تعالى: ﴿وأُولاَت الأَحْمَالِ أَجلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١١٢٤١]. كما لا تشمل هذه الآية اللائي يئسن من المحيض، واللائي لم يحضن لصغرهن لقوله تعالى: ﴿وَاللاَّئي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ..﴾[١١٢٤٢].

٩٢٨٠ ـ دلالة الآية على المعتدات بالقروء:

فالآية الكريمة: ﴿وَالمُطَلَّقاتُ يَتَربَّصْنَ بأَنفُسِهنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوء﴾ تخص المطلقات المدخول بهن من ذوات الحيض غير الحوامل[١١٢٤٣]. سواء كن مسلمات أو كتابيات تحت أزواج مسلمين، إذا حصلت الفرقة بينهن وبين أزواجهن في الحياة بالطلاق أو بغيره قياساً عليه كالخلع أو الفسخ للعيب[١١٢٤٤]، و كذلك تعتد بالقروء الموطؤة بغير نكاح[١١٢٤٥] كالموطؤة بشبهة والموطؤة بالزنى.

٩٢٨١ ـ المقصود بالقروء:

وقد اختلف الفقهاء بالمقصود بـ (القروء) التي تعتد بها المعتدّة، فمنهم من قال: إنها

(١١٢٣٩) [سورة البقرة، الآية ٥٢٨].
(١١٢٤٠) [سورة الأحزاب، الآية ٤٩].
(١١٢٤١) [سورة الطلاق، من الآية ٤].
(١١٢٤٢) [سورة الطلاق، من الآية ٤].
(١١٢٤٣) «تفسير الرازي» ج٦، ص٩١، و«تفسير القرطبي» ج٣، ص١١٢.
(١١٢٤٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٢.
(١١٢٤٥) «المغني» ج٧، ص٤٤٩.

(الأطهـار). ومنهم من قال: إنها: (الحيض). والواقع أن (القُرْء) في اللغة العربية يقع على الطهر والحيض جميعاً فهو من الأسماء المشتركة، ولهذا اختلف العلماء في المراد بقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصنَ بِأَنْفُسهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، هل المقصود (بالقروء) في هذه الآية (الأطهار) فتعتد المطلقة ثلاثة أطهار، أم المقصود (بالقروء): (الحيض) فتعتد المطلقة ثلاث حيض؟ على قولين:

٩٢٨٢ ـ القول الأول: القروء هي الأطهار:

وأصحاب هذا القول يقولون إن المراد بالقروء في العدّة (الإطهار) والقرء هو الطهر، وممن قال بهـذا القـول من فقهـاء الأمصار مالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور. وأما من الصحابة الكرام ـ رضي الله عنهم ـ فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة أم المؤمنين[١١٢٤٦]. وهذا مذهب الظاهرية[١١٢٤٧]، وأشهر الروايتين عند الجعفرية[١١٢٤٨].

٩٢٨٣ ـ القول الثاني: القروء هي الحيض:

وقال بهذا القول من فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى، وهو مذهب الحنابلة والزيدية، وقال به من الصحابة الكرام علي وعمر وابن مسعود وأبو موسى الأشعري. وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال: الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون الأقراء ـ أي القروء ـ هي الحيض[١١٢٤٩].

٩٢٨٤ ـ أدلة القول الأول: القروء هي الأطهار:

أولاً: الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقوهُنَّ لِعدَّتِهِنَّ﴾ والطلاق في الحيض محرّم، فينصرف الإذن بالطلاق إلى زمن الطهر[١١٢٥٠].

ثانياً: الدليل الثاني:

روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قولها: «هل تدرون الأقراء؟ الأقراء: الأطهار». ثم قال الشافعي معقباً على قول عائشة: والنساء بهذا أعلم، لأن هذا إنما يبتلى به النساء[١١٢٥١].

(١١٢٤٦) «بداية المجتهد» ج٢، ص١٧٣.

(١١٢٤٧) «المحلّى» ج٣، ص٢٥٧، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٥.

(١١٢٤٨) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٤.

(١١٢٤٩) «بداية المجتهد» ج٢، ص٧٤، «المغني» ج٧، ص٤٥٢-٤٥٣، «كشّاف القناع»، ج٣، ص٢٦٢، «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٦٤.

(١١٢٥٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٥.

(١١٢٥١) «تفسير الرازي» ج٦، ص٩٤.

ثالثاً: الدليل الثالث:

ورد في الآية (ثلاثة) وهذا إذا كان المعدود مذكراً، والطهر هو المذكر وليس الحيضة، فدل ذلك على أن المراد بالقروء الأطهار، وليس الحيض بدلالة لفظ (ثلاثة)؛ لأنه كما هو معروف باللغة يقال ثلاثة رجال وثلاث نسوة[١١٢٥٢].

٩٢٨٥ ـ أدلة القول الثاني: القروء هي الحيض:

أولاً: الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾، وجه الدلالة بهذه الآية الكريمة أن الاعتداد يكون بالأشهر عند عدم الحيض؛ لأن الأشهر بدل عن القروء عند اليأس من المحيض والمبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز إقامة البدل مقامه، فدلّ على أن المُبدل هو الحيض، فكان هو المراد من القرء[١١٢٥٣].

ثانياً: الدليل الثاني:

المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض قال رسول الله ﷺ: «تدع الصلاة أيام أقرائها» رواه أبو داود وقال ﷺ: لفاطمة بنت أبي حبيش: «انظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي، وإذا مرّ قرؤكِ فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء» رواه النسائي، ولم يعهد في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الطهر في موضوع، فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه[١١٢٥٤].

ثالثاً: الدليل الثالث:

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «طلاق الأَمَة طلقتان وقرؤها حيضتان» وهذا نصٌّ في أن القرء هو الحيض[١١٢٥٥].

رابعاً: الدليل الرابع:

ظاهر قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾وجوب التربص ثلاثة كاملة، ومن جعل القروء بمعنى الأطهار لم يوجب ثلاثة؛ لأنه إذا طلّقها في طهرها فإنه يعتبره من عدَّتها وهو ليس بطهر كامل، فتكون عدّتها طهرين كاملين، وبعض الطهر الذي طلّقها فيه، وهذا خلاف ظاهر

(١١٢٥٢) «البدائع» ج٣، ص١٩٤، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٧.

(١١٢٥٣) «المغني» ج٧، ص٤٥٣، «البدائع» ج٣، ص١٩٤.

(١١٢٥٤) «المغني» ج٧، ص٤٥٣، «سنن النسائي» ج٦، ص١٧٦.

(١١٢٥٥) «المغني» ج٧، ص٤٥٤، «البدائع» ج٣، ص١٩٢.

النّص؛ لأن (الثلاثة) اسم لعدد مخصوص، والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه. ولو حملنـا (القـرء) على معنى الحيضة يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل، فيكون عملاً بظاهر النّص، فيكون هو الأولى في معنى القرء أي الحيض[11256].

خامساً: الدليل الخامس:

أما قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فيحتمل أنه أراد: مستقبلات لعدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدّة ضرورة أن الطلاق يسبق العدة لأنه سببها، والسبب يتقدم على المُسَبب وهو الحيض فلا يوجد قبله، والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا حملنا (القروء) على معنى (الحيض)[11257].

سادساً: الدليل السادس:

أما الاحتجاج بلفظ «ثلاثة» الواردة في الآية الكريمة: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ باعتبار أن لفظ «ثلاثة» جاء بصيغة التأنيث، وأن هذا يدل على أن المعدود مذكر، والطهر هو المذكر، فيكون المراد بـ (القروء) الأطهار. هذا الاحتجاج لا يدل على أن المراد من القروء هو الأطهـار؛ لأن اللغة لا تمنع من تسمية شيء واحد باسم التذكير والتأنيث كالبُرّ والحنطة، فيقال: هذا البرُّ وهذه الحنطة، وإن كان البّر والحنطة شيئاً واحداً، فكذا القرء والحيضة اسم للدم المعتـاد، وأحـد الاسمين مذكـر وهـو (القـرء) فيقـال ثلاثـة قروء. والاسم الآخـر مؤنث وهو والحيضة، فيقال ثلاث حيض[11258].

سابعاً: الدليل السابع:

العدّة وجبت للتعرف على براءة الرحم، أي عدم حمل المرأة، وهذا المقصود تارة يحصل بوضع الحمل، وتارة يحصل بما ينافي الحمل، وهو الحيض الذي لا يتصور وجود الحمل معه. وعلى هذا، فالعلم ببراءة الرحم وعدم حمل المرأة يكون بالحيض لا بالطهر، فيجب حمل القرء والقروء على معنى الحيض[11259].

(11256) «البدائع» ج٢، ص١٩٤، «المغني» ج٧، ص٤٥٤.

(11257) «المغني» ج٧، ص٤٥٤.

(11258) «البدائع» ج٣، ص١٩٤.

(11259) «البدائع» ج٣، ص١٩٤، «المغني» ج٧، ص٤٥٤.

٩٢٨٦ - القول الراجح:

والراجح حمل معنى «القروء» أو «الأقراء» على الحيض لا على الأطهار لموافقة هذا المعنى لظاهر الآية مع ما يعضدها من الأحاديث النبوية الشريفة، مع ملائمة ما نرجحه مع الغرض المقصود من العدّة وهو التعرف على براءة الرحم؛ لأن هذا يحصل بالحيض لا بالأطهار، قال الفقيه ابن رشد في «بداية المجتهد»: «ومذهب الحنفية في قولهم القروء تعني الحيض أظهر من جهة المعنى، وحُجّتهم من حيث المسموع متساوية أو قريب من متساوية»[١١٢٦٠].

٩٢٨٧ - مقدار العدّة:

أولاً: العدّة التي لا اختلاف في مقدارها:

لا خلاف بين أهل العلم أن عدّة المطلّقة المدخول بها إذا كانت حرّة وهي من ذوات الحيض أن عدّتها ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[١١٢٦١]. فمن قال: إن القروء هي الأطهار، قال هي ثلاثة أطهار، ومن قال: إن القروء هي الحيض، قال هي ثلاث حيض.

٩٢٨٨ - ثانياً: عدّة الأَمَة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن عدّة (الأَمَة) قرءان روي ذلك عن عمر وعلي وسعيد بن المسيب، وعطاء والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهري وقتادة، ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأحمد بن حنبل والحنفية. واحتجوا بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طلاق الأَمَة تطليقتان، وعدتها حيضتان»، وبأنه قول من سمّينا من صحابة رسول الله ﷺ ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة، فكان إجماعاً[١١٢٦٢].

وذهب الظاهرية إلى أن عدّة الأمة ثلاثة قروء مثل عدّة الحرّة لعموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، وأن الحديث الذي احتج به الجمهور غير صحيح كما يقول ابن حزم الظاهري، وأن قولهم: وهذا قول من سمّينا من الصحابة، لا حجة لهم فيه - كما يقول ابن حزم -؛ لأن الحجة في قول الله وقول رسوله لا في قول غيرهما، وليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ أن عدّة المرأة حيضتان[١١٢٦٣].

(١١٢٦٠) «بداية المجتهد» ج٧، ص٤٥٢.

(١١٢٦١) «المغني» ج٧، ص٤٥٢.

(١١٢٦٢) «المغني» ج٧، ص٤٥٧، «تفسير الرازي» ج٦، ص٩١، «تفسير القرطبي» ج٣، ص١١٧-١١٨.

(١١٢٦٣) «المحلّى» ج١٠، ص٣٠٦-٣٠٩.

٩٢٨٩ ـ ثالثاً: الاختلاف في عدّة الملاعنة:

قلنا إن المطلّقة الحرّة المدخول بها التي هي من ذوات الحيض عدّتها ثلاثة قروء، وكذلك عدّتها إذا وقعت الفرقة في حياة الزوجين بغير الطلاق، كما لو وقعت الفرقة بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو بإعسار أو إعتاق أو اختلاف دين أو غيره، ولكن روي عن ابن عباس أن عدّة الملاعنة تسعة أشهر ولم يتابعه سائر أهل العلم في قوله هذا، وقالوا: عدّتها عدّة الطلاق؛ لأنها مفارقة زوجها في الحياة، فأشبهت المطلّقة[١١٢٦٤].

٩٢٩٠ ـ رابعاً: عدّة المختلعة:

وأكثر أهل العلم يقولون عدّة المختلعة عدّة المطلّقة منهم: سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله، وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز، والحسن والشعبي والنخعي والزهري، وقتادة وخلاس بن عمرو ومالك والليث والأوزاعي والشافعي. وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس، وأبان بن عثمان وإسحاق بن المنذر أن عدّة المختلعة حيضة واحدة؛ لما روى ابن عباس: «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدّتها حيضة». رواه النسائي وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك، وأن عثمان ـ رضي الله عنه ـ قضى به، رواه النسائي وابن ماجه[١١٢٦٥].

٩٢٩١ ـ الردّ على من قال عدّة المختلعة حيضة واحدة:

وقد ردّ ابن قدامة الحنبلي على من قال إنّ عدّة المختلعة حيضة واحدة بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، والخلع طلاق فيشمله حكم الآية. والحديث الذي احتجوا به يرويه عكرمة مرسلاً، وهو مرسل ضعيف. وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي، فإنهما قالا عدّة المختلعة ثلاث حيض وقولهما أولى. وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال عدّة المختلعة عدّة مطلّقة، وهو الأصح عن ابن عمر[١١٢٦٦].

٩٢٩٢ ـ اختيار ابن تيمية وابن القيّم:

واختار شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ أن «المختلعة يكفيها الاعتداد بحيضة واحدة، وقال: هو رواية عن أحمد ومذهب عثمان بن عفان وغيره»[١١٢٦٧]. وهو اختيار ابن القيّم أيضاً،

(١١٢٦٤) «المغني» ج٧، ص٤٤٩.

(١١٢٦٥) «المغني» ج٧، ص٤٤٩.

(١١٢٦٦) «المغني» ج٧، ص٤٥٠.

(١١٢٦٧) «الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية» ص٢٨٢.

واحتج له بأن الأحاديث النبوية الشريفة تدل على ذلك ومنها مخالعة ثابت بن قيس مع زوجته، وأن رسول الله ﷺ أمرها بأن تعتد بحيضة واحدة، وأن اعتداد المختلعة بحيضة واحدة موافق لأقوال الصحابة، وهو مقتضى القياس؛ فإنه استبراء لمجرد العلم ببراءة الرحم، فتكفي فيه حيضة واحدة كالأَمَة المشتراة، والحرّة المهاجرة، والزانية إذا أرادت أن تنكح[11268].

٩٢٩٣ ـ متى تعتد المستحاضة بالقروء؟

الاستحاضة هي أن يستمر بالمرأة خروج الدم بعد أيام حيضها المعتادة، يقال استحيضت فهي مستحاضة[11269].

وعدّة المستحاضة تختلف باختلاف أحوالها، فإن كان لها عادة معروفة لحيضها تذكرها ولا تنساها أو أنها تميز بين دم الحيض ودم الاستحاضة، ففي هذه الحالة ترجع إلى عادتها أو تمييزها وتعتمد على أساس عادتها أو بموجب تمييزها، فتعتد ثلاثة قروء ـ أي ثلاث حيض ـ إن قلنا إن القروء تعني الحيض أو ثلاثة أطهار إن قلنا إن القروء تعني الأطهار، وبهذا قال الفقهاء، ومن أقوالهم:

أ : جاء في «رد المحتار» في فقه الحنفية: «وأما ـ أي المستحاضة ـ إذا استمر بها الدم وكانت تعلم عادتها، فإنها تردّ إلى عادتها»[11270].

ب ـ وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وعدة مستحاضة بأقرائها المردودة إليها من العادة والتمييز»[11271]. أي أن عدة المستحاضة التي لها عادة في حيضها أو تستطيع التمييز بين دم الحيض ودم الاستحاضة، فإنها تردّ إلى عادتها أو إلى التمييز وتعتد بناء على ذلك.

جـ : وفي قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي المالكي في فقه المالكية: «وإن كانت ـ المستحاضة ـ مميزة بين دم الحيض والاستحاضة ففيها روايتان: (إحداهما) أنها كغير المميزة. (والأخرى): أن تعمل على التمييز فتعتد بالأقراء[11272].

د : وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «في عدة المستحاضة: لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز. . فحكمها فيه حكم غير المستحاضة إذا مرت لها ثلاثة قروء

(١١٢٦٨) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٢١٤.

(١١٢٦٩) «النهاية» لابن الأثير، ج١، ص٤٦٩.

(١١٢٧٠) «رد المحتار» لابن عابدين، ج٣، ص٥٠٩.

(١١٢٧١) «مغني المحتاج»، ج٣، ص٣٨٥.

(١١٢٧٢) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٦١.

فقد انقضت عدتها»[١١٢٧٣]. ومعنى ذلك أنها تعتد ثلاث قروء ـ ثلاث حيض ـ بناء على ما تعرفه من عادتها في حيضها، أو بناء على تمييزها دم الحيض من دم الاستحاضة.

هـ: وفي «النهاية» للطوسي في فقه الجعفرية: «وإذا كانت المطلّقة مستحاضة وتعرف أيام حيضها فلتعتد بالأقراء، وإن لم تعرف أيام حيضها اعتبرت صفة الدم ـ أي إن كانت تميز بين دم الحيض وبين دم الاستحاضة، بَنَتْ على تمييزها ـ واعتدت أيضاً بالأقراء»[١١٢٧٤].

(١١٢٧٣) «المغني» ج٧، ص٤٦٧.

(١١٢٧٤) «النهاية» للطوسي، ص٥٣٣.

المبحث الثاني

العدّة بالأشهر

٩٢٩٤ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

العدّة بالأشهر، إما أن تكون بدلاً عن العدة بالحيض، وإما أن تكون أصلاً بنفسها لم تجب بدلاً عن غيرها، وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: العدّة بالأشهر بدلاً عن الحيض.

المطلب الثاني: العدّة بالأشهر وجبت أصلاً بنفسها.

المطلب الأول

العدّة بالأشهر بدلاً عن الحيض

٩٢٩٥ ـ المعتدات بالأشهر بدلاً عن الحيض:

قال تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[١١٢٧٥]، فالآيسة من المحيض أو التي لم تحض لصغرها فعدتهما ثلاثة أشهر، وكذلك التي بلغت سن الحيض ولم تحض فعدّتها ثلاثة أشهر؛ لأنها في هذه الحالة تدخل في مضمون قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[١١٢٧٦]. وهناك حالة أخرى تكون فيها العدّة بالأشهر بدلاً عن الحيض، وهذه الحالة تخص المستحاضة.

٩٢٩٦ ـ منهج البحث:

وتحصّل عندنا مما ذكرناه أن المعتدات بالأشهر بدلاً عن الحيض أربعة أصناف، وعلى هذا نقسم، هذا المطلب إلى أربعة فروع على النحو التالي:

(١١٢٧٥) [سورة الطلاق، من الآية ٤].

(١١٢٧٦) «المغني» لابن قدامة، ج٧، ص٤٦١.

الفرع الأول: اليائسة من المحيض.
الفرع الثاني: البالغة التي لم تحض أصلاً.
الفرع الرابع: المستحاضة في بعض الحالات.
الفرع الخامس: من ارتفع حيضها.

الفرع الأول

اليائسة من المحيض

٩٢٩٧ ـ من هي اليائسة من المحيض؟

اليائسة من المحيض هي التي بلغت من عمرها سناً لا تحيض فيه عادة.

١٢٩٨ ـ سن اليأس عند الحنفية:

وعند الحنفية في تحديد سن اليأس للمرأة أقوال، فقيل: إنها خمسون، أو خمس وخمسون، أو ستون، أو أكثر. وفي «الدّر المختار» في فقه الحنفية: سن اليأس خمس وخمسون، وعليه الفتوى. وقيل الفتوى على خمسين، وفي «ردّ المحتار على الدّر المختار» نقلاً عن «البحر»: وفي ظاهر الرواية لا تقدير فيه، بل أن تبلغ من السن مالا يحض مثلها فيه، وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال[١١٢٧٨].

٩٢٩٩ ـ سن اليأس عند الحنابلة والشافعية:

اختلفت الرواية عن أحمد في سن اليأس من المحيض، فقد روي عنه أنه خمسون سنة لقول عائشة بذلك. كما روي عنه قوله: إن كانت من نساء العجم فخمسون وإن كانت من نساء العرب فستون سنة لأنهن أقوى طبيعة. وللشافعي قولان: (الأول): يعتبر السن الذي يتيقن أنه إذا بلغته لم تحض. وقال بعضهم هو اثنان وستون سنة. (والثاني): يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها؛ لأن الظاهر أن نشأتها كنشأتهن وطبعها كطبعهن.[١١٢٧٩].

٩٣٠٠ ـ سن اليأس عند المالكية:

وعندهم يمكن أن يكون اليأس من المحيض ما بين سن الخمسين والسبعين، فيسأل النساء فيما بين هذين السنين في الدم النازل من المرأة، فإن قلن ليس بحيض اعتدت بالأشهر، وإن انقطع حيضها بعد الخمسين فلا عدّة عليها اتفاقاً[١١٢٨٠].

(١١٢٧٨) «الدّر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٥١٥. (١١٢٧٩) «المغني» ج٧، ص٤٦٠.
(١١٢٨٠) «الشرح الصغير» للدردير «وحاشية الصاوي» ج١، ص٤٩٧.

٩٣٠١ ـ القول الراجح:

والراجح ما رجحه الإمام ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ، فعنده إذا بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات بغير سبب، فقد صارت آيسة؛ لأن وجود الحيض في حقّ من بلغت الخمسين نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده، فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادة مرات حصل اليأس من وجوده، فلها حينئذٍ أن تعتد بالأشهر. وإن رأت الدم ـ دم الحيض ـ بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها، فهو حيض في الصحيح؛ لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان، وسن الخمسين يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً. وإن رأته بعد ستين فقد تيقنا أنه ليس بحيض؛ لأنه لم يوجد ذلك قبل الستين فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتي لا ترى دماً(١١٢٨١).

الفرع الثاني

الصغيرة التي لم تحض

٩٣٠٢ ـ من هي الصغيرة التي لم تحض:

والصغيرة التي لم تحض فتكون عدّتها ثلاثة أشهر هي الأنثى التي لم تحض لصغر سنها ـ أي لعدم بلوغها أقل سن يمكن أن تحيض فيه الأنثى عادة فتعتد ثلاثة أشهر لصريح الآية التي ذكرناها وهي: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾.

٩٣٠٣ ـ أقل سن تحيض فيه الأنثى:

أولاً: عند الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي أن أقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين؛ لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض وعمرها تسع سنوات. فإن رأت دماً قبل هذه السن فليس بحيض؛ لأنه لم يوجد مثلها متكرراً، والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة، ولم يوجد ذلك فلا يُعتد به(١١٢٨٢).

٩٣٠٤ ـ ثانياً: عند الحنفية:

وفي «الدّر المختار» في فقه الحنفية في سن الصغيرة التي عدّتها ثلاثة أشهر لعدم حيضها:

(١١٢٨١) «المغني» ج٧، ص٤٦١.

(١١٢٨٢) «المغني» ج٧، ص٤٦١.

«والعدّة في حقّ من لم تحض لصغر بأن لم تبلغ تسعاً»[11283]. ومعنى هذا أن أقل سن تحيض فيه الأنثى هو بلوغها تسع سنين.

الفرع الثالث

البالغة التي لم تحض أصلاً

٩٣٠٥ - من هي البالغة التي لم تحض:

المقصود بالبالغة التي لم تحض أصلاً هي التي بلغت سناً تحيض فيه النساء غالباً، فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدّتها ثلاثة أشهر، وهذا مذهب الحنابلة، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي كما ذكر ابن قدامة الحنبلي[11284]. ومعنى ذلك أنها تعامل معاملة الصغيرة التي لم تبلغ السن الذي تحيض فيه عادة، فتكون عدّتها ثلاثة أشهر.

٩٣٠٦ - الحجة لجعل العدّة بالأشهر للبالغة التي لم تحض:

قلنا إن من بلغت السن التي تحيض فيه النساء غالباً فلم تحض، فإنها تعتد بالأشهر أي تكون عدّتها ثلاثة أشهر وإن لم تكن صغيرة من حيث السن ولكنها في حكم الصغيرة من جهة عدم حيضها فتأخذ حكمها؛ لأن الاعتبار بحالها وهو كونها تحيض أو لم تحض بعد أصلاً، وليس الاعتبار بكون غيرها يحضن وهن في نفس سنّها؛ ولأن النص الذي فيه أن من لم يحضن فإن عدّتهن ثلاثة أشهر، هذا النص يشمل البالغة التي لم تحض أصلاً؛ لأنه يصدق عليها أنها لم تحض، وفي هذا يقول الإمام ابن قدامة الحنبلي محتجاً لمذهبه في البالغة التي لم تحض أصلاً بأن عدّتها تكون ثلاثة أشهر، قال - رحمه الله تعالى -: (ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾، وهذه من اللاتي لم يحض؛ ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها؛ ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سنّ يحيض في مثله النساء في الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض»[11285].

(١١٢٨٣) «الدّر المختار» ج٣، ٥٠٧.

(١١٢٨٤) «المغني» ج٧، ص٤٦١.

(١١٢٨٥) «المغني» ج٧، ص٤٦٢.

الفرع الرابع

المستحاضـــة

٩٣٠٧ ـ متى تعتد المستحاضة بالأشهر:

قلنا إن المستحاضة هي التي يستمر بها نزول الدم بعد أيام حيضها المعتاد، وبيّنا متى تكون عدّتها بالقروء[١١٢٨٦]. ونريد أن نبيّن في هذا الفرع متى تكون عدّة المستحاضة بالأشهر.

٩٣٠٨ ـ حالات العدّة بالأشهر للمستحاضة:

إذا لم يكن للمستحاضة عادة معروفة لنزول الدم (دم الحيض)، أو كان لها عادة بذلك ونسيتها، أو لا تستطيع التمييز بين دم الحيض وبين دم الاستحاضة، ففي هذه الحالات تكون عدّتها بالأشهر على التفصيل الآتي حسب آراء الفقهاء القائلين بوجوب اعتدادها بالأشهر في هذه الحالات:

٩٣٠٩ ـ أقوال الفقهاء في عدّة المستحاضة بالأشهر ومقدارها:

أ : جاء في «ردّ المحتار» في فقه الحنفية: «أما ممتدة الطهر أو المستحاضة، والمراد بها المتحيرة، التي نسيت عادتها فالمفتى بها أنها تنقضي عدّتها بسبعة أشهر[١١٢٨٧]؛ لأنهم جعلوا منها ستة أشهر للأطهار، وشهراً عن ثلاث حيض فمجموعها سبعة أشهر[١١٢٨٨]. وهذه هي عدّة المستحاضة التي ليست لها عادة لحيضها، أو كان لها عادة ونسيتها.

ب : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وعدّة مستحاضة متحيرة لم تحفظ قدر دورها ـ أي لا تعرف عادة منها في الحيض، مبتدأة كانت أو غيرها، بثلاثة أشهر في الحال؛ لاشتمال كل شهر على طهر وحيض غالباً؛ ولعظم مشقة الانتظار إلى سن اليأس»[١١٢٨٩].

جـ : وفي «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «وإن استحاضت مطلّقة ولم تميز الحيض من غيره، تربصت سنة كاملة»[١١٢٩٠].

(١١٢٨٦) «الفقرتان» ١٥٢٧، ١٥٢٨.

(١١٢٨٧) «رد المحتار على الدر المختار» ج٣، ص٥٠٩.

(١١٢٨٨) «الدّر المختار» ج٣، ص٥٠٩.

(١١٢٨٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٥.

(١١٢٩٠) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٨.

وفي «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي تفصيل لهذه السنة التي ذكرها صاحب «الشرح الصغير» ففيها: «وأما المستحاضة فإن كانت غير مميزة بين دم الحيض والاستحاضة، فهي كالمرتابة تقيم تسعة أشهر استبراء لرحمها من الحمل وثلاثة عدّة»[11291].

د : وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن كانت ـ أي المستحاضة ـ مبتدأة لا تمييز لها أو ناسية لا تعرف لها ـ أي لحيضتها ـ وقتاً ولا تمييزاً، فعن أحمد روايتان:

الأولى: أن عدّتها ثلاثة أشهر وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد؛ لأن النبي ﷺ أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أو سبعة أيام، فجعل لها حيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام ويثبت فيها سائر أحكام الحيض.

والرواية الثانية: تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدري ما رفعها. قال أحمد: إذا كانت قد اختلطت ولم تعلم إقبال الدم وإدباره اعتدت سنة لحديث عمر؛ لأنه به تبيّن الحمل وهو قول إسحاق ومالك..»[11292].

هـ : وفي «النهاية» للطوسي في فقه الجعفرية: «فإن اشتبه عليها دم الحيض بدم الاستحاضة ولم يكن لها سبيل إلى الفرق بينهما اعتبرت عادة نسائها في الحيض، فتعتد على عادتهن في الأقراء، فإن لم تكن لها نساء أو كنَّ مختلفات العادة اعتدت بثلاثة أشهر»[11293].

٩٣١٠ ـ الخلاصة في عدّة المستحاضة بالأشهر:

وخلاصة ما ذكرناه من أقوال الفقهاء في عدّة المستحاضة بالأشهر عندما لا تكون لها عادة لحيضها، أو تكون ونسيتها ولا تمييز لها بين دم الحيض وبين دم الاستحاضة، أو كانت مبتدأة فعدتها بالأشهر على النحو التالي، وحسب الشروط التي ذكروها:

أ : عند الحنفية، سبعة أشهر.
ب : عند الشافعية، وإحدى الروايتين عن أحمد ثلاثة أشهر.
جـ : عند المالكية وإحدى الروايتين عن أحمد اثنا عشر شهراً.
د : عند الجعفرية على عادة نسائها وإلا فعدّتها ثلاثة أشهر.

(١١٢٩١) «قوانين الأحكام» لابن جزي، ص٢٦١.

(١١٢٩٢) «المغني» ج٧، ص٤٦٧.

(١١٢٩٣) «النهاية» للطوسي، ص٥٣٣.

الفرع الخامس

عدّة من ارتفع حيضها

٩٣١١ ـ التعريف بمن ارتفع حيضها:

المراد بالمرأة التي ارتفع حيضها، المرأة من ذوات الأقراء أي من اللاتي يحضن، ولكنها بعد أن حاضت ارتفع حيضها أي لم تعد تحيض لا لحمل ولا لبلوغها سن اليأس.

٩٣١٢ ـ اختلاف الفقهاء في عدّتها:

وقد اختلف الفقهاء في عدّة من ارتفع حيضها، فمنهم من قال: تنتظر إلى أن تحيض أو تبلغ سن الإياس من الحيض فتعتد ثلاثة أشهر. ومنهم من قال تعتد مدة سنة. ومنهم من قال بالتفصيل، فإن عرفت المرأة سبب ارتفاع الحيض انتظرت زوال السبب واعتدت بالقروء، وإن لم يكن لارتفاعه سبب اعتدت بالأشهر، ونذكر فيما يلي أقوالهم:

٩٣١٣ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

أ : جاء في «الدر المختار»: «الشابة الممتدة الطهر بأن حاضت ثم امتد طهرها فتعتد بالحيض إلى أن تبلغ سن الإياس»[١١٢٩٤]. ومعنى ذلك، أنها تنتظر عودة الحيض، فتعتد به فإن لم يرجع إليها الحيض انتظرت حتى تبلغ سن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر.

ب : وفي «البدائع» للكاساني: «وأما المرأة الممتد طهرها وهي امرأة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا يأس، فانقضاء عدتها في الطلاق وسائر وجوه الفرق بالحيض؛ لأنها من ذوات الأقراء إلا أنه ارتفع حيضها لعارض، فلا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو حتى تدخل في حدّ الإياس، فتستأنف عدّة الآيسة ثلاثة شهور»[١١٢٩٥].

جـ : وفي «الفتاوى الهندية»: «والعدّة لمن لم تحض لصغر أو كبر أو بلغت بالسن ولم تحض ثلاثة أشهر، وكذا لو رأت دماً يوماً ثم لم ترَ فعدتها بالشهور ـ أي بثلاثة أشهر ـ وهو الصحيح. ولو رأت ثلاثة ـ أي ثلاثة أيام ـ دماً ثم انقطع فعدتها بالحيض وإن طال إلى أن تيأس»[١١٢٩٦]، وهذا تفصيل فالتي رأت الدم يوماً واحداً فقط فعدتها بالشهور أي بثلاثة أشهر

(١١٢٩٤) «الدّر المختار» ج٣، ص٥٠٨.

(١١٢٩٥) «البدائع» ج٢، ص١٩٥.

(١١٢٩٦) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٦-٥٢٧.

باعتبار أنها بلغت بالسن ولم تحض؛ لأن نزول الدم يوماً واحداً لا يعد حيضاً. أما إذا رأت الدم ثلاثة أيام، فهذا دم حيض فعليها أن تعتد بثلاث حيض، أو تدخل سن اليأس فتعتد بالأشهر.

٩٣١٤ - ثانياً: مذهب الشافعية:

وعندهم من انقطع دم حيضها لعلّة تعرف كرضاع ومرض فعليها أن تصبر حتى تحيض، فتعتد بالأقراء أو تيأس أي تصل إلى سن اليأس وأقصاه اثنان وستون سنة فتعتد حينئذٍ بالأشهر.

وكذلك الحكم إذا انقطع دم الحيض من غير علّة معروفة، فعليها أن تصبر حتى تحيض فتعتد بالأقراء، أو تيأس فتعتد بالأشهر، كما في مذهب الشافعي الجديد؛ لأن الله سبحانه وتعالى لم يجعل الاعتداد بالأشهر إلا للتي لم تحض والآيسة، وهذه ليست واحدة منهما؛ لأنها ترجو عود الدم، فأشبهت من انقطع دمها لعارض معروف(١١٢٩٧).

٩٣١٥ - ثالثاً: مذهب المالكية:

وعند المالكية تفصيل، إذا كان انقطاع الدم بسبب الرضاع أو بغيره أو لا سبب أصلاً. ونذكر أقوالهم فيما يلي:

أ : جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «أو تأخر حيض المطلقة بلا سبب أصلاً أو بسبب أنها مرضت قبل الطلاق أو بعده فانقطع حيضها، تربصت تسعة من الأشهر استبراءً لزوال الريبة؛ لأنها مدة الحمل غالباً ثم اعتدت بثلاثة أشهر»(١١٢٩٨). ولكن يستثنى من ذلك من ارتفع حيضها بسبب الرضاع وهذا الاستثناء ذكره الدردير في الشرح الصغير فقد جاء فيه: «ومن تأخر عنها الحيض لا لعلّة أو لعلّة غير رضاع سنة كاملة»(١١٢٩٩).

ب : ولو حاضت من تربصت سنة في أثناء السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية، أو تمام سنة، فإن تمت السنة ولم ترَ الحيض انتهت عدّتها، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخر يوم منها، انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء لا دم فيها إن كانت حرّة، واكتفت بالسنة الثانية إن كانت أمَة(١١٣٠٠).

جـ : ومن انقطع حيضها بسبب الرضاع، فإنها تعتد بالأقراء ولا تنتقل عنها إلى الاعتداد بمضي سنة ما دامت ترضع، طال أو قصر مدة الرضاع، فإن انقطع الرضاع اعتدت بالأقراء فإن

(١١٢٩٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٧.

(١١٢٩٨) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٧٠.

(١١٢٩٩) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٨.

(١١٣٠٠) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٧١.

لم تحض حتى مضى عليها سنة من يوم قطعت الرضاع انتهت عدّتها وحلّت للأزواج[11301].

٩٣١٦ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

وعند الحنابلة تفصيل في عدّة المرأة التي ارتفع حيضها، نوجزه في الآتي ونجعله في ثلاث حالات.

٩٣١٧ ـ الحالة الأولى[11302]:

إذا طلّقها ـ أو فارقها بغير الطلاق في حياتهما بما يوجب العدّة ـ وهي من ذوات الأقراء ـ أي ممن تكون عِدّتها بالحيض ـ وارتفع حيضها فلم ترَ الحيض في عادتها، ولم تعرف ما رفعه فإنها تعتد سنة: تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها من الحمل؛ لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل.

فإذا لم يظهر فيها حمل علمنا براءة رحمها ظاهراً، فتعتد بعد ذلك عدّة الآيسات ثلاثة أشهر. وهذا قول عمر ـ رضي الله عنه ـ وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار لم ينكره منهم منكر علمناه.

والحجّة لهذا القول، في هذه الحالة، الإجماع السكوتي من الصحابة على قضاء عمر ـ رضي الله عنه ـ؛ ولأن الغرض من العدّة معرفة براءة الرحم، وهذه المدّة تحصل بها براءة رحمها، والقول بأكثر من هذه المدة يلحق الضرر بالمرأة بتطويل عدّتها، وقد قال ابن عباس: «لا تطوّلوا عليها الشقّة كفاها تسعة أشهر».

٩٣١٨ ـ الحالة الثانية[11303]:

وإن عُرِف ما رفع الحيض، كما لو عرفت المرأة أن ارتفاع حيضها بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع، فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم (دم الحيض) وإن طال انتظارها، وتعتد بالقروء إلا أن تصير في سن اليأس، فعند ذلك تعتد عدة الآيسات.

٩٣١٩ ـ الحالة الثالثة[11304]:

وإن حاضت حيضة أو حيضتين، ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه تربصت سنة بعد انقطاع حيضها، وتحلّ للأزواج بعد مضي هذه السنة؛ وذلك لما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال في رجل طلّق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه. قال ابن

(١١٣٠١) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٧١.

(١١٣٠٢) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٤٦٣.

(١١٣٠٣) «المغني» ج٧، ص٤٦٥.

(١١٣٠٤) «المغني» ج٧، ص٤٦٦.

عباس: تجلس تسعة أشهر، فإذا لم يظهر بها حمل فتعتد ثلاثة أشهر فذلك سنة، ولا نعرف له مخالفاً. قال ابن المنذر: قضى به عمر ـ رضي الله عنه ـ بين المهاجرين والأنصار ولم ينكره منكر.

٩٣٢٠ ـ خامساً: مذهب الظاهرية(١١٣٠٥):

ومذهب الظاهرية كما يبيّنه الفقيه ابن حزم الظاهري بقوله: فإن حاضت حيضة ثم لم تحض، أو حاضت حيضتين ثم لم تحض، أو انتظرت الحيضة الأولى فلم تأتها بعد أن كانت قد حاضت في عصمة زوجها أو قبلها، فلا بد لهؤلاء من التربص أبداً حتى يحضن تمام ثلاث حيض كما أمر الله ـ عزّ وجلّ ـ أو حتى يصرن في حدّ اليأس من المحيض، فإذا صرن فيه استأنفن ثلاثة أشهر ولا بدّ؛ لأن الله تعالى لم يجعل العدّة ثلاثة أشهر إلا على اللواتي لم يحضن وعلى اليائسات من المحيض، وهذه ليست واحدة منهن، فإذا صارت من اليائسات، فحينئذٍ دخلت في أمر الله تعالى لها بالعدّة بثلاثة أشهر.

٩٣٢١ ـ سادساً: مذهب الزيدية(١١٣٠٦):

إذا انقطع الحيض بعد ثبوته لعارض، فإن عرف العارض ما هو كالمرض والرضاع، فإنها تنتظر حتى يزول ثم تعتد بالأقراء، وأما إذا كان العارض غير معروف، فإنها تنتظر إلى مدة الإياس وذلك أن يبلغ عمرها ستين سنة، فإذا أيست عن رجوع الحيض إليها ببلوغها هذا العمر، فعليها أن تستأنف العدّة بالأشهر ولا تبني على ما مضى من الحيض إن كانت قد حاضت فتعتد ثلاثة أشهر عدّة الآيسة.

٩٣٢٢ ـ سابعاً: مذهب الجعفرية:

قالوا: «وذات الشهور وهي التي لا يحصل لها الحيض المعتاد وهي في سنّ من تحيض، سواء كانت مسترابة كما عبّر به كثير، أم انقطع عنها الحيض لعارض من مرض وحمل ورضاع وغيرها، فإنها تعتد بثلاثة أشهر، فإن رأت الدم خلال هذه الأشهر مرة أو مرتين ثم انقطع إلى أن انقضت الأشهر انتظرت تمام الأقراء؛ لأنها قد استرابت بالحمل غالباً، فإن تمت الأقراء قبل أقصى الحمل انقضت عدّتها وإلا صبرت تسعة أشهر على أشهر القولين أو سنة على قول، فإن وضعت ولداً، أو اجتمعت الأقراء الثلاثة، فذاك هو المطلوب في انقضاء العدّة، وإن لم يحصل أحد الأمرين اعتدت بعدها، أي بعد التسعة أشهر أو السنة بثلاثة أشهر إلى أن يتم الأقراء قبلها

(١١٣٠٥) «المحلّى» ج١٠، ص٢٦٩.

(١١٣٠٦) «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٦٤-٤٦٥.

فتكتفي بها»[11307].

٩٣٢٣ - القول الراجح:

والراجح - كما يبدو - قول المالكية على التفصيل الذي ذكروه، ومردّ هذا الترجيح أنه يحقق الغرض من العدّة، وهو التأكد من براءة الرحم أو وجود الحمل، وما قاله المالكية يفي بهذا الغرض. (والسبب الثاني): للترجيح دفع الضرر عن المرأة بتطويل عدّتها بإلزامها بالانتظار إلى حدّ اليأس وقد يطول ذلك سنين طويلة، بل وقد يدوم الانتظار عشرات السنين. (والسبب الثالث)، للترجيح أن في تفصيل المالكية الحالة الأولى التي ذكرها الحنابلة. (والسبب الرابع): للترجيح أن تشريع العدّة ليس من أمور العبادة التي يقول عنها الفقهاء (غير معقولة المعنى)، وإنما جاء تشريع العبادة لحقّ الزوج وحقّ الزوجة وحقّ الولد إن كانت حاملاً، وفي تشريع العبادة حقّ الله أيضاً، وهذه الحقوق لا تثلم ولا تنتقص بالأخذ بمذهب المالكية؛ لأن تفصيل المالكية يفي بصيانة هذه الحقوق وحفظها على أصحابها - كما هو ظاهر -.

٩٣٢٤ - التباعد بين الحيضتين هل يوجب العدّة بالأشهر؟

جاء في «المغني»: «فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنتقض عدّتها حتى تحيض ثلاث حيض وإن طالت؛ لأن هذه لم يرتفع حيضها ولم تتأخر عن عادتها فهي من ذوات القروء، باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها. ولا نعلم في هذا مخالفاً»[11308] وفي «شرائع الإسلام»: «ولو كانت لا تحيض إلا في ستة أشهر أو خمسة أشهر، اعتدت بالأشهر»[11309].

المطلب الثاني

العدّة بالأشهر التي وجبت أصلاً بنفسها

٩٣٢٥ - التعريف بهذه العدّة:

العدّة بالأشهر التي وجبت أصلاً بنفسها وليس بدلاً عن غيرها إلى الحيض، هي عدة الوفاة.

٩٣٢٦ - دليل عدة الوفاة بالأشهر:

عدة الوفاة تكون بالأشهر، جاء في كتاب الله العزيز، قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ

(١١٣٠٧) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٥٦-١٥٧.

(١١٣٠٨) «المغني» ج٧، ص٤٦٦.

(١١٣٠٩) «شرائع الإسلام في فقه الجعفرية» ج٣، ص٣٦.

ويَـذرُونَ أَزْوَاجـاً يَتَـربَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَـةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً. . ﴾[11310]. فعدّة الوفاة ثبتت بالقرآن الكريم ومقدارها محدد فيه وهو أربعة أشهر وعشرة أيام.

٩٣٢٧ ـ المعتدات عدة الوفاة:

والمعتـدات عدة الـوفاة هن اللاتي يشملهن نص الآية الكريمة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ ويَـذرُونَ أَزْوَاجاً. . . ﴾الخ، وعلى هذا، تعتد عدّة الوفاة كل زوجة مات زوجها، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة، وسواء كانت مسلمة أو كتابية تحت مسلم، وسواء كان الزوج كبيراً أو صغيراً، وكل ذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ ويَذرُونَ أَزْوَاجاً. . . ﴾[11311].

٩٣٢٨ ـ الشرط لعدّة الوفاة:

والشرط لعدّة الوفاة أن تكون المعتدة زوجة بنكاح صحيح، وهذا الشرط مستفاد من قوله تعالى: ﴿ويَذرُونَ أَزْوَاجاً﴾ لأن اسم «الزوجة» مطلقاً لا يكون إلا بعد نكاح صحيح، ويدخل في مفهوم هذا الاسم «الزوجة» سائر من ذكرنا من الزوجات ما دُمْنَ قد اكتسبن هذا الاسم بنكاح صحيح؛ ولأن العدّة حقّ من حقوق النكاح، والنكاح بالموت ينتهي؛ لأنه يعقد للعمر، ومضي مدة العمر ينهيه، فتجب العدّة ـ عدّة الوفاة ـ حقّاً من حقوقه[11312].

٩٣٢٩ ـ مدّة عدّة الوفاة:

لا خلاف في أن عدّة الوفاة كما جاء في كتاب الله العزيز: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ولكن الخلاف في المقصود (بالعشر)، هل هي عشر ليال أم عشرة أيام أم هي تجمع الاثنين الليالي والأيام؟ علماً بأن اليوم اسم للوقت من طلوع الفجر إلى غروب الشمس[11313]، والليل هو للوقت من غروب الشمس إلى طلوع الفجر.

عند الحنفية، المقصود بالعشر، عشرة أيام وعشـر ليال من الشهر الخامس الذي يلي الأربعة الأشهر من عدة الوفاة[11314]، وهذا قول الجمهور، وخالف فيه الإمام الأوزاعي فقال الواجب في عدّة الوفاة بالإضافة إلى الأربعة أشهر: عشر ليال وتسعة أيام، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي مبيناً هذا الخلاف: «والعشر المعتبرة في العدّة هي عشر ليال بأيامها، فتجب عشرة أيام

(١١٣١٠) [سورة البقرة من الآية ٢٣٤].

(١١٣١١) «المغني» ج٧، ص٤٧٠، «البدائع» ج٣، ص١٩٢، «الشرح الصغير» للدردير، ص٥٠٠.

(١١٣١٢) «المبسوط» ج٦، ص٣٠.

(١١٣١٣) «المبسوط» ج٣، ص١٢٢.

(١١٣١٤) «المبسوط» ج٦، ص٣٠.

مع الليالي، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي. وقال الأوزاعي: يجب عشر ليالٍ وتسعة أيام، لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً[١١٣١٥]، وقد ردّ ابن قدامة على حجة الأوزاعي بقوله: «العرب تغلب اسم التأنيث في العدد خاصة على المذكر، فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال تعالى لزكريا: ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾، يريد بأيامها بدليل أنه تعالى قال في موضع آخر: ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ يريد بلياليها. ولو نذر المعتكف العشر الأواخر من رمضان لزمه الليالي والأيام»[١١٣١٦]. وأيضاً فإن الأصل أن كل ليلة تتبع اليوم الذي بعدها؛ ولهذا يصلي المسلمون صلاة التراويح في أول ليلة من رمضان، ولا يفعلون ذلك في أول ليلة من شوال[١١٣١٧]. فدل هذا على أن المقصود بـ ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ أربعة أشهر وعشرة أيام بلياليها أي عشرة أيام وعشر ليال.

٩٣٣٠ - عدّة الوفاة للأَمَة:

قلنا: إن عدة الوفاة: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾، وهنا في حقّ الحرّة لا خلاف فيه، أما في عدة الأَمَة المتوفى عنها زوجها، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وأما الأَمَة المتوفى عنها زوجها فعدّتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم: منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار، والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي، وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال ما أرى عدّة الأَمَة إلا كعدّة الحرّة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنّة فإن السنة أحق أن تتبع، وأخذ بظاهر النص وعمومه»[١١٣١٨]. واحتج ابن قدامه لقول الجمهور وعامة العلماء بقوله: «ولنا اتفاق الصحابة - رضي الله عنهم - على أن عدّة الأمة المطلّقة على النصف من عدّة الحرّة، فكذلك عدّة الوفاة»[١١٣١٩].

٩٣٣١ - مذهب الظاهرية في عدّة الوفاة للأَمَة:

وذهب الظاهرية كما جاء في «المحلّى» لابن حزم إلى أن عدّة الأمة المتزوجة من الطلاق

(١١٣١٥) «المغني» ج٧، ص٤٧١، واحتجاج الأوزاعي بقوله: لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام، أي أن لفظ العشر، يذكر مع جمع المؤنث ويؤنث مع جمع المذكر، فيقال عشر ليالٍ وعشرة أيام. فلما جاء في النّص (أربعة أشهر وعشراً) دل على أنّ المراد به (وعشرا) أي عشر ليالٍ وتسعة أيام.

(١١٣١٦) «المغني» ج٧، ص٤٧١.

(١١٣١٧) «المبسوط» للسرخسي، ج٦، ص٣٠-٣١.

(١١٣١٨) «المغني» ج٧، ص٤٧١.

(١١٣١٩) «المغني» ج٧، ص٤٧١.

والوفاة كعدّة الحرّة؛ لأن الله تعالى أعلمنا بعُدد النساء، ولم يفرق بين حرّة ولا أَمَة في ذلك، وما كان ربّك نسياً. ومما أعلمنا به أن عدّة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، وهذا عموم تدخل فيه الحرّة والأَمَة(١١٣٢٠).

٩٣٣٢ ـ عدّة الحامل المتوفى عنها زوجها:

قال ابن قدامة الحنبلي: «وأجمعوا على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً أجلها وضع حملها إلا ابن عباس، وروي عن علي من وجه منقطع أنها تعتد بأبعد الأجلين»(١١٣٢١)، أي بوضع الحمل أو بمضي عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشر، أيهما أبعد. وسنبيّن ـ إن شاء الله تعالى ـ أدلة القولين عند كلامنا عن عدّة الحبل.

٩٣٣٣ ـ عدّة الوفاة لمطلّقة الفارّ:

إذا طلّق المريض مرض الموت زوجته بدون رضاها طلاقاً بائناً، فإنه يعتبر قاصداً الإضرار بها بحرمانها من الميراث منه، وعلى هذا الأساس، سمي فارّاً من ميراثها، وسمي طلاقه لها بـ (طلاق الفارّ)، فإذا مات وهي في عدّتها ورثته عند كثير من الفقهاء رداً لقصده السيء كما سنبيّنه فيما بعد ـ إن شاء الله تعالى ـ عند كلامنا عن الميراث. وكلامنا هنا عن عدّتها ـ أي عن عدّة مطلّقة الفار ـ إذا مات وهي في عدّتها هل تعتد عدّة الوفاة، أم تمضي في عدّة الطلاق؟

٩٣٣٤ ـ مذهب الحنابلة:

قالوا: إذا كان الطلاق البائن في مرض موته ومات في العدّة اعتدت أطول الأجلين من عدّة طلاق وعدة وفاة؛ لأنها وارثة فيجب عليها أن تعتد عدّة للوفاة، ومطلقة فيجب عليها أن تعتد بأطولهما ضرورة أنها لا تخرج عن العدّة يقيناً إلا بذلك، ولكن لو طلّقها في مرض موته طلاقاً بائناً بسبب منها كما لو سألته هي أن يطلّقها فطلّقها، أو فعلت ما يفسخ نكاحها منه مثل أن ترضع زوجته الصغرى، فإنها تعتد للطلاق فقط؛ لأنها ليست وارثة أشبهت المطلقة بائناً في حال صحته(١١٣٢٢).

٩٣٣٥ ـ مذهب الحنفية:

جاء في «الهداية»: «وإذا ورثت المطلقة في المرض ـ أي في مرض الموت ـ فعدتها أبعد الأجلين». وقال صاحب «فتح القدير» تعليقاً على قول «الهداية»: «فعدتها أبعد الأجلين» أي

(١١٣٢٠) «المحلّى» ج١٠، ص٣٠٦.

(١١٣٢١) «المغني» ج٧، ص٤٧٣.

(١١٣٢٢) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦١.

الأبعد من أربعة أشهر وعشر، وثلاث حيض. فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشراً، لم تنقض عدتها حتى تستكملها، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تحض ثلاث حيض بأن امتـد طهـرها، لم تنقـض عدّتها حتى تحض - أي حتى تمضي لها ثلاث حيض - وإن مكثت سنين مالم تدخل سن الإياس فتعتد بالأشهر»[11323]. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف ليس عليها إلا ثلاث حيض، فهذه هي عدّتها. (وجه) قول أبي يوسف، أن الشرع إنما أوجب عدّة الوفاة على الزوجات، وقد بطلت الزوجية بالطلاق البائن إلا أنّا أبقينا الزوجية في حقّ الإرث خاصة لتهمة الفرار، فمن ادّعى بقاءها في حقّ وجوب عدّة الوفاة فعليه الدليل. (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد، أن النكاح لما بقي في حقّ الإرث، فلئن يبقى في حقّ وجوب العدّة أولى؛ لأن العدّة يحتاط في إيجابها، فكان قيام النكاح من وجه كافياً لوجوب العدّة احتياطاً، فيجب عليها الاعتداد أربعة أشهر وعشراً، ولكن بشرط أن يكون فيها ثلاث حيض، وإلا أكملتها بعد مضي الأربعة أشهر وعشر[11324].

(11323) «الهداية وفتح القدير» ج3، ص275.

(11324) «المبسوط» ج6، ص43-44، «البدائع» ج2، ص200-201، «الدّر المختار» ج3، ص513.

المبحث الثالث

عدّة الحبـل

(العدّة بوضع الحمل)

٩٣٣٦ ـ الحامل تعتد بوضع الحمل:

والتي تعتـد بوضـع الحمـل هي المـرأة الحامل، وقد دلّ على ذلك صريح قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١١٣٢٥]، وقد قال الإمام الجصاص بصدد هذه الآية الكريمة: «لم يختلف السلف والخلف بعدهم أن عدّة المطلقة الحامل أن تضع حملها»[١١٣٢٦].

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «أجمع أهل العلم في جميع الأمصار على أن المطلّقة الحامل تنقضي عدّتها بوضع حملها، وكذلـك كل مفارقة ـ أي لزوجها ـ في الحياة»[١١٣٢٧].

٩٣٣٧ ـ عدّة الحامل المتوفى عنها زوجها:

وإذا كان الإجماع منعقداً على أن عدّة الحامل هي مدّة الحمل وأن هذه العدة تنقضي بوضع الحمل كما هو صريح الآية التي ذكرناها، فإن هناك بعض الاختلاف في عدّة الحامل التي يتوفى عنهـا زوجهـا وهي حامل، هل عدّتها عدّة وفاة: أربعة أشهر وعشر؟ أم عدّة حبل، وهي مدة الحمل، أي إلى أن تضع حملها؟

٩٣٣٨ ـ قولان في المسألة:

جمهور العلماء على أن عدّة الحامل المتوفى عنها زوجها مدة الحمل فتنقضي عدّتها بوضع الحمل، والقول الثاني عدّتها أبعد الأجلين، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وأجمعوا على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً أجلها وضع حملها إلا ابن عباس، وروي عن علي

(١١٣٢٥) [سورة الطلاق، من الآية ٤].

(١١٣٢٦) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٤٥٨.

(١١٣٢٧) «المغني» ج٧، ص٤٧٣.

من وجه منقطع أنها تعتد بأقصى ـ بأبعد ـ الأجلين»[11328]. وعند الجعفرية تعتد أبعد الأجلين فقد جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ولو كانت حاملاً اعتدت أبعد الأجلين»[11329].

٩٣٣٩ ـ حجة من قال تعتد أبعد الأجلين:

من قال تعتد الحامل المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين: أي وضع الحمل أو مضي أربعة أشهر وعشر، احتج بقوله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، وهذا يوجب على الحامل المتوفى عنها زوجها العدّة بوضع الحمل. وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ يوجب عليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطاً؛ لأن أمر العدّة مبني على الاحتياط[11330].

٩٣٤٠ ـ حجة من قال: عدّتها مدّة الحمل:

أولاً: حجتهم من الكتاب العزيز:

والجمهور في قولهم إن عدّة الحامل المتوفى عنها زوجها هي مدّة الحمل، وأنها تنقضي بوضع الحمل، . يحتجون بأن الآية الكريمة: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ متأخر نزولها عن آية: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾، فتكون مخصصة لها، بمعنى أن الحامل المتوفى عنها زوجها عدّتها مدة الحمل وتنقضي بوضعه، وأن غير الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد بمدة أربعة أشهر وعشر، ولهذا قال عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ إن الآية في سورة الطلاق ﴿وَأُولاَتُ الأَحْمَالِ . . ﴾ الخ، نزلت بعد التي في سورة البقرة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوفَّوْنَ مِنْكُمْ . . ﴾ الآية يعني أن آية سورة الطلاق هي الأخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الآية المتقدمة عليها في النزول ويخص بها عمومها[11331].

٩٣٤١ ـ ثانياً: حجتهم من السنة النبوية الشريفة:

واحتجوا بأن الأحاديث الصحيحة الثابتة عن النبي ﷺ صريحة في أن عدّة الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي بوضع الحمل، فدلّ ذلك على أن عدّتها مدة الحمل، فمن هذه الأحاديث حديث الإمام البخاري عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ زوج النبي ﷺ قالت: «إن امرأة من أسلم

(١١٣٢٨) «المغني» ج٧، ص٤٧٣.

(١١٣٢٩) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٨.

(١١٣٣٠) «المبسوط» ج٦، ص٣١.

(١١٣٣١) «المغني» ج٧، ص٤٧٤.

يقال لها سبيعة كانت تحت زوجها، توفى عنها وهي حبلى فخطبها أبو السنابل بن بعكك فأبت أن تنكحه، فقال: والله ما يصلح أن تنكحيه حتى تعتدي آخر الأجلين، فمكثت قريباً من عشر ليال ثم جاءت النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فقال: انكحي». وفي رواية أخرى، أن سبيعة الأسلمية نُفست بعد وفاة زوجها بليالٍ فجاءت النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت»[11332]، وخلاصة ما ورد من الأحاديث بشأن سبيعة الأسلمية أنها توفي عنها زوجها وهي حامل، فولدت بعد وفاته بأيام فأخبرها أبو السنابل بأن عدتها لا تنقضي إلا بمضي أبعد الأجلين، فجاءت سبيعة الأسلمية إلى النبي ﷺ وسألته فأخبرها أن عدّتها انقضت بوضع حملها، وأن لها أن تتزوج إن شاءت[11333].

٩٣٤٢ - ثالثاً: حجتهم من حكمة تشريع العدّة:

واحتجوا بأن العدّة إنما شرعت لمعرفة خلو المرأة من الحمل، ووضع الحمل أدل الأشياء على براءة الرحم من الحمل، فوجب أن تنقضي العدّة بوضعه[11334].

٩٣٤٣ - القول الراجح:

والراجح هو قول الجمهور لصراحة الأحاديث الصحيحة بأن الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي عدّتها بوضع الحمل. ولأن آية: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ نزلت بعد آية: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ فتكون مخصصة لها كما قال ابن مسعود وأخرجه البخاري عنه[11335]. وأيضاً فإن آية: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ بألفاظها وصيغتها دلّت على أن الاعتبار في عدّة الحامل هو وضع حملها، سواء كانت مطلّقة أو متوفى عنها زوجها، وقد بيّن ابن القيم - رحمه الله تعالى - وجه الدلالة بهذه الآية بقوله: فيها عموم منْ ثلاث جهات:

أحدها: عموم المخبر عنه، وهو (أولات الأحمال) فإنه يتناول جميعهن.

الثاني: عموم الأجل، فإنه أضافه إليهن، وإضافة اسم الجمع إلى المعرفة يعم، فجعل وضع الحمل جميع أجلهن، فلو كان لبعضهن أجل غيره لم يكن جميع أجلهن.

(١١٣٣٢) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٦٩-٤٧٠.

(١١٣٣٣) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٧٠-٤٧٤.

(١١٣٣٤) «المغني» ج٧، ص٤٧٤، «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٧٤.

(١١٣٣٥) «نيل الأوطار» ج٦، ص٢٨٧.

الثالث: إن المبتدأ والخبر معرفتان، أما المبتدأ فظاهر، وأما الخبر وهو قوله تعالى: ﴿أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، فهو في تأويل مصدر مضاف أي: أجلهن وضع حملهن. والمبتدأ أو الخبر إذا كانا معرفتين اقتضى ذلك حصر الثاني في الأول كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّها النَّاسُ أَنْتُم الفُقَرَاءُ إلىٰ اللهِ واللَّهُ هُوَ الغَنِيُّ الحَمِيدُ﴾(١١٣٣٦).

٩٣٤٤ ـ صفة الحمل الذي بوضعه تنقضي العدّة:

أولاً: الحالة الأولى:

والحمل الذي بوضعه تنقضي العدّة هو ما يتبيّن فيه شيء من خلق الآدمي من الرأس واليد والرجل، فهذا هو الحمل الذي تنقضي العدّة بوضعه بلا خلاف بين العلماء، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة تنقضي عدّتها بـ (السقط) إذا علم أنه ولد(١١٣٣٧).

٩٣٤٥ ـ ثانياً: الحالة الثانية:

وإذا ألقت المرأة (مضغة) لم تظهر فيها الخلقة، فشهد ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية يتبين بها أنها خلقة آدمي، فهذا تنقضي به العدّة كالحالة الأولى(١١٣٣٨)

٩٣٤٦ ـ مالا يعتبر حملاً تنقضي بوضعه العدّة:

أما إذا ألقت المرأة (نطفة) أو (دماً) لا تدري هل هو ما يخلق منه الآدمي أو لا، فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام ولا تنقضي به عدّة، وكذلك إذا وضعت مضغة لا صورة فيها، ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي، فهذا أيضاً لا تنقضي به عدّة(١١٣٣٩).

٩٣٤٧ ـ أقل مدة الحمل الذي تنقضي العدّة بوضعه:

قلنا إن الحمل الذي تنقضي العدّة بوضعه هو الذي يتبيّن فيه شيء من خلقة الإنسان، وأقل مدّة لحصول ذلك أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها؛ لأن النبي ﷺ قال: «إن خَلْقَ أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة

(١١٣٣٦) «زاد المعاد» ج٤، ص١٨٢-١٨٣.

(١١٣٣٧) «المغني» ج٧، ص٤٧٥، «زاد المعاد» ج٤، ص١٨٣، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٩، «رد المحتار» ج٣، ص٥١١.

(١١٣٣٨) «المغني» ج٧، ص٤٧٥-٤٧٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٩.

(١١٣٣٩) «المغني» ج٧، ص٢٧٥-٤٧٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٨، «رد المحتار» ج٣، ص٥١١.

مثل ذلك، ثم ينفخ فيه الروح». ولا تنقضي العدّة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين يوماً. فأما بعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال[11340].

وعند الحنفية أقل مدّة لذلك مائة وعشرون يوماً، فقد جاء في «الدّر المختار» لابن عابدين ـ رحمه الله تعالى ـ: «والمراد به الحمل الذي استبان بعض خلقه أو كلّه، فإن لم يستبن بعضه لم تنقضِ بوضعه العدّة، ولا يستبين إلا في مائة وعشرين يوماً. وعن المُجتبى: أن المستبين بعض خلقه يعتبر فيه أربعة أشهر»[11341].

٩٣٤٨ ـ أقل مدة الحمل لمن يولد تام الخلقة:

وأقل مدّة الحمل لمن يولد تام الخلقة هي ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً﴾، وقوله تعالى: ﴿وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾، فحولان وستة أشهر مجموعهما ثلاثون شهراً، وهذا مذهب عامة العلماء منهم الحنابلة والشافعي ومالك والحنفية وغيرهم[11342].

٩٣٤٩ ـ هل يشترط لانقضاء العدّة وضع جميع الحمل؟

أولاً: إذا كان الحمل واحداً؟

أ : عند الحنابلة والشافعية:

إذا كان الحمل واحداً انقضت العدّة بوضعه وانفصاله جميعه. وإن ظهر بعضه فهي في عدّتها حتى ينفصل باقيه؛ لأنها لا تكون واضعة لحملها مالم يخرج وينفصل كلّه، وهذا ما صرّح به الحنابلة والشافعية[11343].

ب : عند الحنفية:

وعندهم خروج أكثر الحمل كخروج جميعه في جميع الأحكام إلا في حلّها للأزواج احتياطاً[11344]. ومعنى هذا أنّ عدّتها تنقضي بخروج أكثر الحمل، ولا يشترط خروج كلّه لانقضاء عدّتها.

(١١٣٤٠) «المغني» ج٧، ص٤٧٩

(١١٣٤١) «رد المحتار» ج٣، ص٥١١.

(١١٣٤٢) «المغني» ج٧، ص٤٧٧، «رد المحتار» ج٣، ص٥١١.

(١١٣٤٣) «المغني» ج٧، ص٤٧٤، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٨.

(١١٣٤٤) «الدّر المختار» ج٣، ص٥١٢.

٩٣٥٠ ـ القول الراجح:

والـراجح قول الحنابلة والشافعية، فلا تنقضي عدّة الحامـل إلا بوضع الحمل كلّه أي بانفصاله تماماً عن أمه؛ لأن هذا هو ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١١٣٤٥].

٩٣٥١ ـ ثانياً: إذا كان الحمل متعدداً:

وإذا كان الحمـل متعـدداً ـ اثنين فأكثـر ـ لم تنقض عدّتها إلا بوضع جميع حملها؛ لأن (الحمل) هو جميع ما في بطنها، وهذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فإنهما قالا: تنقضي عدّتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر[١١٣٤٦]. قال ابن قدامة عن قول أبي قلابة وعكرمة: وهذا قول شاذ، والصحيح هو قول الجماعة؛ لأن العدّة شرعت لمعرفة براءة الرحم من الحمل، فإذا علم وجود الحمل، فقد تيقّنا وجود الموجب للعدّة كما تيقّنا انتفاء براءة الرحم من الحمل. ولأن عدّة الحامل وضع الحمل بصريح قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ واسم الحمل يتناول جميع ما في البطن، وعلى هذا، فتجب العدّة أو تبقى العدّة حتى يزول موجبها، وهو وضع جميع الحمل[١١٣٤٧].

٩٣٥٢ ـ الشك في وجود حمل ثاني:

وإذا وضعت واحداً مما في بطنها وشكت في وجود ثانٍ لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة، وتتيقّن أنه لم يبق في بطنها حمل؛ لأن الأصل بقاء العدّة، فلا يزول بالشك[١١٣٤٨].

٩٣٥٣ ـ انقضاء العدّة بوضع الحمل ميتاً:

وإذا وضعت الحامل حملها ميتاً انقضت عدّتها لإطلاق الآية: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، فلم تقيد الآية وضع الحمل بكونه حيّاً[١١٣٤٩].

(١١٣٤٥) [سورة الطلاق، من الآية ٤].

(١١٣٤٦) «المغني» ج٧، ص٤٧٤، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٨، «الدّر المختار وردّ المحتار» ج٣، ص٥١٢.

(١١٣٤٧) «المغني» ج٧، ص٤٧٤-٤٧٥

(١١٣٤٨) «المغني» ج٧، ص٤٧٥

(١١٣٤٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٨، «الدّر المختار» ج٣، ص٥١٢.



الفصل الرابع

ابتداء العدة واحتسابها وانقضاؤها

٩٣٥٤ - تمهيد

بيّنا فيما سبق أن العدّة قد تكون بالقروء، وقد تكون بالأشهر، وقد تكون بمدة الحمل. ونريد أن نبيّن في هذا الفصل وقت ابتداء العدّة وكيفية احتساب مدّتها، ووقت انقضائها، سواء كانت العدّة بالقروة أو بالأشهر أو بوضع الحمل.

٩٣٥٥ - منهج البحث:

نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: العدّة بالقروء: ابتداؤها واحتسابها وانقضاؤها.

المبحث الثاني: العدّة بالأشهر: ابتداؤها واحتسابها وانقضاؤها.

المبحث الثالث: عدة الحبل: ابتداؤها واحتسابها وانقضاؤها.

المبحث الأول

العدّة بالقروء

(ابتداؤها واحتسابها وانقضاؤها)

٩٣٥٦ ـ وقت ابتداء عدّة القروء:

هل تبدأ العدّة بالقروء ـ الحيض على ما رجحناه ـ من وقت وجود السبب الموجب لها، أم يشترط مع حصول السبب علم الزوجة به، فيكون وقت ابتداء العدّة من وقت علم الزوجة بوقوع السبب الموجب لها؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية.

٩٣٥٧ ـ القول الأول: تبدأ العدّة من وقت وجود سببها:

وقت ابتداء العدّة هو وقت وجود سببها، سواء علمت الزوجة بحصول سبب العدّة أو لم تعلم؛ لأن العدّة عبارة عن مـدّة معينة مقدرة شرعاً فلا يشترط لبدئها وسريانها علم الزوجة بها أو بسببها؛ ولأن المُسبَّب يتبع سببه، فإذا وقع السبب وقع المُسبَّب، فالطلاق مثلاً سبب لوجوب العدّة، فإذا وقع الطلاق تبعه وجوب العدّة، وعلى هذا إذا طلّق الرجل زوجته بدأت العدّة من وقت وقوع الطلاق، وإذا توفى الزوج بدأت عدّة زوجته من وقت وفاته، وإذا كان النكاح فاسداً بدأت العدّة من وقت المتاركة أو التفريق من قبل القاضي، وبهذا صرّح الحنفية، فقد جاء في «البدائع» للكاساني: «إنها ـ أي العدة ـ تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى لو بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فعليها العدّة من يوم طلّق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ»[١١٣٥٠].

وفي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «ابتداء العدّة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت العدّة، فقد انقضت عدّتها، وإن شكت في وقت موته فتعتد من حين تستيقن بموته. والعدّة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم

(١١٣٥٠) «البدائع» ج٣، ص١٩٠.

الواطىء على ترك وطئها»[11351]، وهو قول مالك والشافعي كما ذكر ابن حزم[11352].

٩٣٥٨ ـ وابتداء العدّة من وقت وجود سببها هو أيضاً قول بعض الصحابة والتابعين، فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم: «وصحَّ عن ابن عمر وابن عباس أنها تعتد من يوم مات أو طلّق، ورويناه عن ابن مسعود، وصحَّ أيضاً عن سعيد بن المسيب والنخعي والشعبي وعطاء وطاووس، ومجاهد وسعيد بن جبير والزهري وسليمان بن يسار، وأبي قلابة ومحمد بن سيرين و عكرمة ومسروق»[11353].

٩٣٥٩ ـ القول الثاني: تبدأ العدّة من وقت العلم بسببها:

وهذا قول الظاهرية، فالعدّة عندهم تبدأ من وقت علم الزوجة بسبب وجوبها من طلاق أو وفاة أو نحوهما، فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «وتعتد المطلقة غير الحامل، والحامل المتوفى عنها زوجها من حين يأتيها خبر الطلاق وخبر الوفاة، وتعتد الحامل المتوفى عنها زوجها من حين موته فقط»[11354].

وقال ابن حزم: «وعن علي بن أبي طالب في المتوفى عنها قال: عدّتها من يوم يأتيها الخبر، وعن الحسن في الطلاق والموت تعتد من يوم يأتيها من زوجها الخبر»[11355].

٩٣٦٠ ـ القول الثالث: التفصيل في وقت ابتداء العدّة:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ: «وإذا أقرّ الزوج أنه طلّق زوجته من مدة تزيد على العدّة الشرعية، فإن كان المقرّ فاسقاً أو مجهول الحال، لم يقبل قوله في انقضاء العدّة التي فيها حق الله تعالى، وإن كان عدلاً غير متهم مثل أن يكون غائباً، فلما حضر أخبرها أنه طلّقها من مدة كذا وكذا، فهل العدّة تبدأ حين بلغها الخبر إذا لم تقم بذلك بيّنة أو من حين الطلاق كما لو قامت به بيّنة؟ فيه خلاف مشهور عن أحمد، والمشهور عنه هو الثاني ـ أي من حين الطلاق»[11356].

(١١٣٥١) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٣٢.

(١١٣٥٢) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٣١١.

(١١٣٥٣) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٣١١.

(١١٣٥٤) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٣١١.

(١١٣٥٥) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٣١١.

(١١٣٥٦) «الاختيارات الفقهيـة من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٨١.

والمتحصل من هذا التفصيل أنه إذا قامت البينة على وقت وقوع سبب العدّة، فالعدّة تبدأ من وقت وقوع سببها علمت بذلك الزوجة أو لم تعلم. وإن لم توجد بيّنة وكان الزوج عدلاً فالعدة تبدأ من وقت وجود السبب الذي يخبر به الزوج. وإن كان فاسقاً أو مجهولاً لم يقبل قوله بوقوع سبب وجود العدّة في وقت سابق من شأنه أن يجعل العدّة منقضية في وقت إخباره.

٩٣٦١ ـ النزاع في وقت وقوع سبب العدّة:

وإذا وقع نزاع في وقت وقوع سبب العدّة كالطلاق، فإذا ثبت وقته بالبيّنة أمام القاضي كان بدء العدّة من وقت وقوع الطلاق، وليس من وقت صدور الحكم بالتفريق، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «الرجل إذا طلّق امرأته ثم أنكر الطلاق فأقيمت عليه البيّنة وقضى القاضي بالتفريق، فإن العدّة من وقت الطلاق لا من وقت التفريق»[(١١٣٥٧)] . وعلى هذا، إذا كانت المدة من وقت الطلاق الثابت بالبيّنة إلى وقت صدور الحكم مستغرقة مدة العدّة، فإن العدّة تعتبر منقضية، وإن كانت المدة غير مستغرقة للعدّة بقيت في عدّتها حتى تكمل مدتها.

٩٣٦٢ ـ إقرار الزوج بوقت وقوع سبب العدّة:

ولو أقرّ الزوج بأنه طلّق زوجته في وقت سابق وصدقته الزوجة أو كذبته أو قال لا أدري في أي وقت وقع الطلاق، فالعدّة تبدأ من وقت الإقرار لا من الوقت الذي يدعيه، وهذا هو المختار عند المتأخرين من فقهاء الحنفية، وإن كان المروي عن الإمام محمد أنه في حالة تصديق الزوجة زوجها فيما يدعيه من تطليقها في وقت سابق أن العدّة تبدأ في هذه الحالة من وقت الطلاق، إلا أن المتأخرين اختاروا وجوب العدّة من وقت الإقرار حتى لا يحلّ له التزوج بأختها ولا بأربع سواها زجراً له حيث كتم طلاقها[(١١٣٥٨)].

٩٣٦٣ ـ كيفية احتساب مدة العدّة بالقروء:

أولاً: إذا اعتبرنا القروء تعني الحيض:

قلنا إن وقت ابتداء العدّة هو وقت حصول سبب العدّة من طلاق ونحوه دون اشتراط علم الزوجة بحصول سبب العدّة عند جمهور العلماء، كما بيّنا قبل قليل. ولكن إذا كانت العدّة بالقروء، واعتبرنا القروء تعني الحيض كما رجحنا، فكيف نحسب العدّة بالحيضات؟ والجواب يختلف باختلاف حالات وقوع الطلاق على التفصيل الآتي:

(١١٣٥٧) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٣٢.

(١١٣٥٨) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٣٢.

٩٣٦٤ ـ الحالة الأولى:

إذا وقع الطلاق وهي حائض فإن حيضتها التي وقع فيها الطلاق لا تحتسب من العدّة؛ لأن ابتداء العدّة أو احتسابها يكون من الحيضة التي تلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق، وليس في هذا خلاف بين أهل العلم كما قال ابن قدامة الحنبلي؛ لأن قول الله ـ عزّ وجلّ ـ ﴿وَالمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ يعني ثلاثة قروء كاملة فإذا احتسبت الحيضة التي وقع فيها الطلاق قرءاً، لم يكن مع الحيضتين التاليتين ثلاثة قروء كاملة، وهذا خلاف النص فلا يجوز(١١٣٥٩).

٩٣٦٥ ـ الحالة الثانية:

وإذا طلّقها في طهرها فإن احتساب عدّتها وهي ثلاث حيضات يكون ابتداء من أول حيضة تلي طهرها الذي وقع فيه الطلاق(١١٣٦٠).

٩٣٦٦ ـ ثانياً: احتساب العدّة إذا اعتبرنا القروء تعني الأطهار:

وإذا اعتبرنا القروء تعني الأطهار وأنَّ عدّتها ثلاثة أطهار، فإنَّ احتساب عدّتها يكون باعتبار الطهر الذي وقع فيه الطلاق هو الطهر الأول من عدّتها، وإن لم يكن هذا الطهر كاملاً ـ بل لو كان ساعة من الزمان ـ وتنقضي عدّتها بمضي طهرين آخرين بعد هذا الطهر الذي طلّقها فيه. وإنْ طلّقها وهي حائض فعدّتها تبدأ من أول طهر يلي حيضتها التي طلّقها فيها. فإذا مضت بعد هذه الحيضة ثلاثة أطهار ودخلت في الحيضة الرابعة، انقضت عدّتها، ودخولها في الحيضة الرابعة ولو لحظة من الزمان، للتأكد من تمام طهرها الثالث(١١٣٦١).

٩٣٦٧ ـ انقضاء عدّة القروء:

وفي ضوء ما ذكرناه في كيفية احتساب مدّة العدّة بالقروء تنقضي عدّتها بمضي ثلاث حيض، أو بثلاثة أطهار، مع ملاحظة كيفية احتساب عدة المستحاضة والتي ارتفع حيضها، على النحو الذي فصَّلْناه من قبل(١١٣٦٢).

٩٣٦٨ ـ هل يلزم الغسل من الحيض لإكمال العدّة؟

أولاً: عند الحنابلة:

قلنا: إنّ العدّة بالقروء تنقضي بمضيّ ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿والمطلّقات يَتَرَبَّصنَ

(١١٣٥٩) «المغني» ج٧، ص٤٥٥.

(١١٣٦٠) «المغني» ج٧، ص٤٥٥.

(١١٣٦١) «المغني» ج٧، ص٤٥٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٥، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٩.

(١١٣٦٢) الفقرات ١٥٤٢ـ١٥٥٩.

بأنْفُسهِنَّ ثلاثةَ قروءٍ﴾ فإذا تمَّت الحيضات الثلاث ولم تغتسل المعتدّة، فهل تعتبر عدَّتها منقضية بمضيّ الحيضات الثلاث، أم لا بدّ من اغتسالها حتى تنقضي عدّتها؟ في مذهب الحنابلة روايتان(١١٣٦٤).

الرواية الأولى: لا تنقضي عدَّتها حتى تغتسل، ولزوجها أن يرجعها قبل أن تغتسل إن كان طلقها طلاقاً رجعياً، وهذا ظاهر كلام الإمام الخرقي الحنبلي، فإنه قال في العدّة: فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج وهذا قول كثير من الحنابلة، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد، وروي نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي الدرداء. وروي عن شريك أنه قال: له الرجعة وإن فرطت في الغسل ـ أي فلم تغتسل ـ عشرين سنة.

والرواية الثانية: أن العدّة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل، أي: تنقضي عدّتها بطهرها من الحيضة الثالثة، وانقطاع دمها قبل أن تغتسل؛ لأن الغسل ليس بشرط لانقضاء عدّتها، وإنما الشرط انقضاء ثلاث حيض كوامل، وهذا قول طاووس، وسعيد بن جبير، والأوزاعي، واختيار أبي الخطاب من الحنابلة؛ لقوله تعالى: **﴿والمطلَّقات يَترَبَّصنَ بأنْفُسهِنَّ ثلاثةَ قروءٍ﴾**، والقرء هو الحيض، وقد زالت فيزول التربُّص وتنقضي العدَّة؛ ولأن انقضاء العدّة تتعلق به بينونتها من زوجها وحلّها لغيره، فلا يتعلق ذلك بفعل اختياري منها. ولأنه لم يبق حكم العدّة ـ فيما لو طلَّقها طلاقاً رجعياً ـ فلا ترث لو مات زوجها ولا يقع طلاقه بعد مضيها؛ ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو لنحوه ففي هذه الحالة إما أن يقال بقول شريك: إنها تبقى معتدّة ولو بقيت عشرين سنة، وذلك خلاف قول الله تعالى: **﴿يَترَبَّصنَ بأنْفُسهِنَّ ثلاثةَ قروءٍ﴾**؛ لأنها تصير عدّتها أكثر من مائتي قرء، أو يقال تنقضي عدّتها قبل الغسل، فيكون رجوعاً عن قولهم لا تنقضي عدّتها حتى تغتسل.

٩٣٦٩ ـ ويبدو أن ابن قدامة ـ رحمه الله ـ في تعليله الرواية الثانية يميل إلى القول بها، وأعظم ما يحتج به لترجيح ميله أن اشتراط الغسل لانقضاء العدّة يفضي إلى مخالفةٍ ظاهرةٍ للآية الكريمة: **﴿والمطلَّقات يَترَبَّصنَ بأنْفُسهِنَّ ثلاثةَ قروءٍ﴾**ولا خلاص من هذه المخالفة إلا بعدم اشتراط الغسل لانقضاء العدّة.

٩٣٧٠ ـ ثانياً: عند الظاهرية:

وذهب ابن حزم إلى عدم اشتراط الغسل لانقضاء العدّة، وقال إن من ذهب إلى هذا القول كان احتهاداً منه لا عن أثر اعتمد عليه(١١٣٦٥).

(١١٣٦٤) «المغني» ج٧، ص٢٨٠ـ٢٨١، ٤٥٦.

(١١٣٦٥) «المحلى» ج١٠، ص٢٦٠.

٩٣٧١ ـ ثالثاً: مذهب الحنفية(١١٣٦٦):

وعند الحنفية في شرط الغسل بعد التربُّص ثلاث حيضات تفصيل نوجزه في الآتي، حسب حالات حيضها:

٩٣٧٢ ـ الحالة الأولى:

إن كانت أيام حيضتها عشرة أيام، تنقضي عدَّتها بانقضاء الحيضة الثالثة، وقد انقضت بيقين لانقطاع دم الحيض بيقين؛ إذ لا مزيد للحيض على عشرة أيام.

٩٣٧٣ ـ الحالة الثانية:

وإن كانت أيام حيضتها أقل من عشرة أيام، فإن كانت تجد ماءً ولم تغتسل ولا تيمَّمت وصلت به، ولا مضى عليها وقت كامل من أوقات أدنى الصلوات إليها، فلا تعتبر العدّة منقضية، ولذلك يحل لزوجها مراجعتها ولا يحل لها أن تتزوج، واحتجوا بأن اشتراط الغسل روي عن الصحابة ومنهم الخلفاء الراشدون، ولأن أيام حيضتها إذا كانت أقل من عشرة أيام لم تستيقن بانقطاع دم الحيض لاحتمال المعاودة في أيام الحيض؛ لأن الدم لا يدرّ دراً واحداً، ولكنه يدرّ مرّة وينقطع أخرى، فكان احتمال العود قائماً، والعائد يكون دم حيض إلى عشرة أيام ـ أي إلى أقصى مدة الحيضة ـ فلم يوجد انقطاع دم الحيض بيقين، فلا يثبت الطهر بيقين فتبقى العدّة؛ لأنها كانت ثابتة بيقين، والثابت بيقين لا يزول بالشك، بخلاف ما إذا كانت أيام حيضتها عشرة أيام؛ إذ لا يحتمل عود دم الحيض إليها بعد هذه المدة لأنها أكثر مدة الحيضة، فيحصل اليقين بانقطاع دم الحيض، ويحصل انقضاء الحيضة الثالثة فيثبت الطهر وتنقضي العدّة بيقين.

٩٣٧٤ ـ شيء من التفصيل للحالة الثانية:

وإذا اغتسلت بعد حيضتها الثالثة التي مدتها أقل من عشرة أيام، وهي الحالة الثانية لها من جهة مدة حيضتها، فقد ثبت لها بهذا الغسل حكم من أحكام الطاهرات وهو إباحة أداء الصلاة، إذ لا يباح أداؤها للحائض، فكان اغتسالها قرينة على انقطاع الدم، فتنقضي العدّة. وكذلك إذا لم تغتسل، لكن مضى عليها وقت الصلاة فإن عدَّتها تعتبر منقضية؛ لأنه لما مضى عليها وقت الصلاة، صارت الصلاة ديناً عليها، فصيرورة الصلاة ديناً في ذمتها قرينة على انقضاء عدّتها بانقضاء حيضاتها الثلاث.

(١١٣٦٦) «البدائع» ج٣، ص١٨٣-١٨٤، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٢٨.

٩٣٧٥ ـ رأي ابن القيم في شرط الغسل[١١٣٦٧]:

قال ابن القيم، مَنْ اشترط الغسل مِنَ الحيضة الثالثة لانقضاء العدّة احتج بأنه قول أو قضاء الخلفاء الراشدين بذلك، ولأن المرأة إذا انقطع حيضها صارت في حكم الطاهرات من وجه، وفي حكم الحائض من وجه، والوجوه التي هي في حكم الحيض أكثر من الوجوه التي هي في حكم الطاهرات، فإنها في حكم الطاهرات في صحة الصيام ووجوب الصلاة، وهي في حكم الحيض في قراءة القرآن عند من حَرَّمَهُ على الحائض، واللُّبث في المسجد، والطواف بالبيت العتيق، وتحريم الوطء، وتحريم الطلاق في أحد القولين، ومن أجل ذلك احتاط الخلفاء الراشدون وأكابر الصحابة للنكاح، ولم يخرجوا المرأة منه ـ من الحيض ـ بعد ثبوته إلا بيقين لا ريب به وهو ثبوت حكم الطاهرات في حقها من كل وجه إزالةً لليقين بيقين مثله، وذلك باغتسالها بعد الحيضة الثالثة، إذ ليس جعلها حائضاً في تلك الأحكام بأولى من جعلها حائضاً في حق بقاء الزوجية ـ وهذا إذا كانت العدّة من طلاق رجعي ـ وبالتالي بقاء عدَّتها وحق زوجها بمراجعتها. ثم قال ابن القيم: وهذا من أدق الفقه وألطفه مأخذاً.

٩٣٧٦ ـ أقل مدة لانقضاء العدّة بالقروء:

المرأة مصدَّقة بادعائها انقضاء عدَّتها بشرط أن يكون ذلك في مدّة يمكن انقضاؤها فيها، فما هي هذه المدّة؟ وبكلمة أخرى ما هي هذه المدّة في أقل مقدار لها؟ والجواب على ذلك ينبني على الخلاف في أقل مدّة للطهر بين الحيضتين، وفي أقل مدّة للحيضة، وفي المقصود بالقرء هل هو الطهر أم الحيض، وفي ضوء ذلك يكون الجواب. ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في أقل مدة الطهر وأقل مدة الحيضة، أما المقصود بالقرء وهل هو الطهر أو الحيضة فقد سبق وأن بيناه ورجحنا أنه الحيض.

٩٣٧٧ ـ أولاً: مذهب الحنابلة:

أ : أقل مدة لانقضاء العدّة:

أقل مدّة يمكن أن تنقضي فيها عدّة الحُرَّة بالقروء ـ أي بالحيض ـ هي تسع وعشرون يوماً ولحظة، بناء على أن أقل الحيض يوم وليلة، وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوماً، وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً، ثم تحيض يوماً وليلة، ثم تطهر لحظة، لنعرف بها انقضاء الحيض وإن

(١١٣٦٧) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٩٩.

لم تكن هذه اللحظة من عدّتها ولكن لا بدّ منها لمعرفة انقطاع الحيض. هذا ومن اعتبر الغسل مع اتمام ثلاثة حيضات لإكمال العدّة فلا بد من مرور وقت يمكنها فيه من الغسل بعد انقطاع الحيض[11368].

٩٣٧٨ ـ ب : ادّعاء انقضائها في أكثر من شهر:

وعلى هذا إذا ادّعت الحرّة انقضاء عدّتها بالحيض في أكثر من شهر قُبِلَ ادّعاؤها وصُدِّقت فيه؛ لأنها مؤتمنة على فرجها، ولأن ما ذكرته من مدّة يمكن أن تنقضي فيها عدّتها[11369].

٩٣٧٩ ـ جـ : ادّعاء انقضائها في شهر:

وإن ادّعت انقضاءها في شهر فلا يقبل قولها بغير بيّنة. (ووجه) الفرق بين هذه الحالة وبين التي قبلها ـ وهي ادّعاؤها انقضاءها في أكثر من شهر ـ أن حيضها في الشهر ثلاث حيضات يندر حدوثه جداً، ولكن بالبيّنة يقبل ويترجح. ولكن لا يندر حدوث ثلاث حيضات فيما زاد على الشهر كندرة حدوثه فيه، فيقبل قولها إذا ادَّعَتْهُ مِنْ غير بيّنة، وهذا هو وجه الفرق. وأيضاً فإن شريحاً قال: «إذا ادَّعَت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببيِّنة من النساء العدول على ما تدَّعيه قُبِلَ ادّعاؤها وصدقت فيه وانقضت عدّتها، وقد أقرَّه علي ـ رضي الله عنه ـ على هذا الرأي، وبه أخذ أحمد بن حنبل ـ رحمه الله تعالى ـ[11370].

٩٣٨٠ ـ د : ادّعاء انقضائها في أقل من شهر:

وإن ادَّعت انقضاء عدّتها بثلاث حيضات في أقل من تسع وعشرين يوماً ولحظة لم تسمع دعواها فلا تقبل بيّنتها؛ لأننا نعلم كذبها، إذ لا يعقل أن تحيض ثلاث حيضات كوامل في أقل من شهر[11371].

(١١٣٦٨) «المغني» ج٧، ص٢٨٦، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢١٣. وأما أكثر مدة الحيض فهو خمسة عشر يوماً، وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوماً. وقال أبو بكر من الحنابلة أقل الطهر مبني على أكثر هذه الحيض، فإن قلنا أكثره خمسة عشر يوماً، فإن أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وإن قلنا أكثر الحيض سبعة عشر يوماً، فأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً. وقال مالك والثوري والشافعي وبأو حنيفة: أقل الطهر خمسةب عشر يوماً. «المغني» ج١، ص٣٠٨ـ٣٠٩.

(١١٣٦٩) «المغني» ج٧، ص٢٨٧.

(١١٣٧٠) «المغني» ج٧، ص٢٨٧، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢١٣.

(١١٣٧١) «المغني» ج٧، ص٢٨٧، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢١٣.

٩٣٨١ ـ ثانياً: مذهب الحنفية[١١٣٧٢]:

أ : قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ: أقل ما تصدق فيه الحرّة في ادّعائها انقضاء عدّتها هو ستون يوماً. وتخريج هذا القول في رواية محمد أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض خمسة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً. ثم بالحيض خمسة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام، فتلك ستون يوماً. وتخريج قول أبي حنيفة على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض عشرة أيام، فذلك ستون يوماً. فاختلف التخريج مع اتفاق الحكم.

ب : وقال أبو يوسف ومحمد: أقل ما تصدق فيه الحرّة في ادّعائها انقضاء عدّتها هو تسعة وثلاثون يوماً. وذلك بأن تبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام، فذلك تسعة وثلاثون يوماً.

جـ : (وجه) قول أبي يوسف ومحمد: أن المرأة أمينة في هذا الباب، والأمين يصدق ما أمكن، وأمكن تصديقها هاهنا بأن يحكم بالطلاق في آخر الطهر فتبدأ بالعدّة من الحيض فيعتبر أقله وذلك ثلاثة أيام، ثم أقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً، ثم أقل الحيض ثلاثة أيام ثم أقل الطهر خمسة عشر يوماً، ثم أقل الحيض ثلاثة أيام، فذلك تسعة وثلاثون يوماً.

د : (وجه) قول أبي حنيفة على تخريج رواية محمد أن المرأة ـ وإن كانت أمينة في انقضاء عدّتها بالحيض ـ ولكن الأمين إنما يُصدَّق فيما لا يخالفه الظاهر، وما قاله أبو يوسف ومحمد خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر أن من يريد الطلاق، فإنما يوقعه في أول الطهر، وكذلك حيض ثلاثة أيام نادر وحيض عشرة أيام نادر أيضاً، فيؤخذ الوسط وهو خمسة، واعتبار هذا التخريج يوجب أن أقل ما تصدق به فيه انقضاء عدّتها هو ستون يوماً. وأما وجه قول أبي حنيفة على تخريج رواية الحسن، فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر ويعتبر مدّة الحيض عشرة أيام.

٩٣٨٢ ـ المعتدة إذا كانت نفساء:

وأما المعتدة إذا كانت نفساء بأن ولدت وطلقها زوجها عقيب الولادة، ثم قالت: انقضت عدّتي. فقد اختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في أقل ما تنقضي به عدّتها وتصدق فيه، ونوجز فيما يلي أقوالهم[١١٣٧٣]:

(١١٣٧٢) «البدائع» ج٢، ص١٩٨-١٩٩.

(١١٣٧٣) «البدائع» ج٢، ص١٩٩، ج٣، ص١٩٩.

٩٣٨٣ ـ قال أبو حنيفة في رواية مجموعة: لا تصدق حرّة في أقل من خمسة وثمانين يوماً، (وجه) قوله أن النفاس يثبت خمسة وعشرين يوماً، لأنه لو ثبت أقل من ذلك لاحتاج إلى أن يثبت بعده خمسة عشر يوماً طهراً، ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر، لأن من أصل أبي حنيفة أن الدمين في الأربعين بالنسبة للنفساء لا يفصل بينهما طهر وإن كثر، حتى لو رأت في أول النفاس ساعة دماً وفي آخره ساعة دماً كان الكل نفاساً عنده، فجعل النفاس خمسة وعشرين يوماً حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر يوماً فيقع الدم بعد الأربعين، فإذا كان كذلك كان بعد الأربعين خمسة أيام حيضاً وخمسة عشر طهراً وخمسة حيضاً وخمسة عشر طهراً وخمسة حيضاً، فذلك خمسة وثمانون يوماً.

٩٣٨٤ ـ وقال أبو يوسف لا تصدق النفساء في أقل من خمسة وستين يوماً؛ لأنه يثبت أحد عشر يوماً نفاساً؛ لأن العادة أن أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر يوماً طهراً وثلاثة أيام حيضاً وخمسة عشر يوماً طهراً وثلاثة أيام حيضاً وخمسة عشر يوماً طهراً وثلاثة أيام حيضاً فذلك خمسة وستون يوماً.

٩٣٨٥ ـ وقال الإمام محمد لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين يوماً، لأن أقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة، وبعده خمسة عشراً يوماً طهراً وثلاثة أيام حيضاً وخمسة عشر يوماً طهراً وثلاثة أيام حيضاً وخمسة عشر يوماً طهراً وثلاثة أيام حيضاً، فذلك أربعة وخمسون يوماً.

٩٣٨٦ ـ ادّعاء المعتدة انقضاء عدّتها[11374]:

وبناء على جميع ما تقدم من أقوال أبي حنيفة وصاحبيه في أقل ما تنقضي به عدّة المعتدة بالحيض سواء كانت نفساء أو غير نفساء، أنها إذا قالت انقضت عدّتي وكذبها الزوج، وكان ادّعاؤها انقضاء عدّتها في مدّة يحتمل انقضاء عدّتها فيها كما لو ادّعت انقضاءها في أقل مدّة يمكن انقضاؤها فيها، فإنها تصدق في قولها مع اليمين لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمها زوجها بالكذب، فتحلف كالوديع إذا كذّبه المودع في هلاك الوديعة بدون تَعَدٍّ منه ولا تقصير. أما إذا ادّعت انقضاء عدتها في مدّة لا تحتمل انقضاءها فيها فلا يقبل قولها أصلاً.

٩٣٨٧ ـ ثالثاً: مذهب المالكية[11375]:

أقل مدّة الحيضة يوم أو بعض يوم له بال بأن زاد على ساعة، فإن كان ساعة فأقل، فلا

(١١٣٧٤) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٨٨-٢٨٩.

(١١٣٧٥) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٤٩٩-٥٠٠.

يعتد به قطعاً ولا تُسْأل عنه ولكن يوجب الغسل ويبطل الصوم ويسقط الصلاة. وعدّتها حينئذٍ من وقت الطلاق بثلاثة أشهر حيث كان هذا القدر عادة لها. وأما الطهر فأقله خمسة عشر يوماً.

٩٣٨٨ ـ رابعاً: مذهب الشافعية:[١١٣٧٦]:

وعندهم تفصيل في أقل مدة يمكن أن تنقضي فيها العدّة حسب حالات المعتدّة، نوجز ذلك فيما يأتي:

٩٣٨٩ ـ الحالة الأولى:

إن كانت حرّة وطلّقت في طهر وهي معتادة ـ أي لها عادة في حيضها ـ فأقل مدة يمكن أن تنقضي فيها عدّتها هي اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان وتفصيل ذلك: أن تطلق في طهرها وقد بقي منه لحظة، فيعتبر هذا الطهر هو أول أطهارها من عدتها ثم تحيض يوماً وليلة باعتبار أن أقل الحيض هو هذا المقدار، ثم تطهر خمسة عشر يوماً باعتبار أن أقل الطهر هو خمسة عشر يوماً، وهذا هو الطهر الثاني، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً، وهذا هو طهرها الثالث، ثم تدخل في الحيضة الثالثة، وهذه الحيضة ليست من العدّة وإنما الدخول فيها للاستيثاق من انقضاء عدّتها، فيكون مجموع ذلك اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين.

٩٣٩٠ ـ الحالة الثانية:

إن كانت حرّة وطلّقت في حيض وهي معتادة أي لها عادة في حيضها أو مبتدأة بالحيض فأقل مدّة تنقضي فيها عدّتها سبعة وأربعون يوماً ولحظة وذلك كأن يعلّق طلاقها بآخر جزء من حيضها ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً، ثم تدخل في الحيض ولحظة الدخول في الحيض لا تعتبر من العدّة، وإنما للاستيثاق من انقضاء عدّتها.

٩٣٩١ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

جاء في «شرائع الإسلام في فقه الجعفرية»: «وأقل زمان تنقضي به العدّة ستة وعشرون يوماً ولحظتان، ولكن الأخيرة ليست من العدّة وإنما هي دلالة على الخروج منها. .»[١١٣٧٧].

وفي «المختصر النافع» في فقه الجعفرية أيضاً: «وأقل ما تنقضي به عدّتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان وليست الأخيرة من العدّة بل دلالة الخروج منها»[١١٣٧٨].

(١١٣٧٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٩.

(١١٣٧٧) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٤.

(١١٣٧٨) «المختصر النافع» ص٢٢٤.

٩٣٩٢ ـ سادساً: مذهب الظاهرية:

وعندهم لا حدَّ لأقل زمن تنقضي به عدّة المعتدّة بالقروء، وإنما هو متروك للبينة تقيمها المعتدة على انقضاء عدّتها إذا أنكر الزوج ادّعاء انقضائها، فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم رحمه الله: «وسواء فيما ذكرنا تقارب الأقراء أو تباعدها لا حدّ في ذلك، إلا أنه لا تصدق المرأة في ذلك إذا أنكر الزوج قولها إلا بشهادة أربع عدول من النساء عالمات يشهدن أنها حاضت حيضاً أسود ثم طهرت منه، هكذا ثلاثة أقراء، أو شهادة امرأتين كذلك مع يمينها لأن الله عزّ وجلّ لم يحدّ في ذلك حداً ولا رسوله ﷺ ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾، ومن الباطل المتيقن أن يكون الله جلّ جلاله أراد أن يكون للأقراء مقدار لا يكون أقل منه ثم يسكت عن ذلك ليكلفنا علم الغيب الذي حجبه عنا أو يكلنا إلى الظنون الكاذبة. وأما أنها لا تصدق في ذلك إذا أنكر الزوج فلأن رسول الله ﷺ حكم بالبينة على من ادّعى وهي مدعية بطلان حق ثابت لزوجها في رجعتها ـ إن كان الطلاق رجعياً ـ فلا تصدق إلا ببيّنة عدل»[١١٣٧٩].

(١١٣٧٩) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٧٢.

المبحث الثاني

العدّة بالأشهر

(ابتداؤها واحتسابها وانقضاؤها)

٩٣٩٣ ـ وقت ابتداء العدّة بالأشهر:

قلنا: عند الكلام على العدّة بالقروء إنها تبدأ من وقت وقوع سبب وجوب العدّة عند جمهور العلماء، ومن وقت علم المرأة بوقوع سبب العدّة عند الظاهرية. فهل ما قلناه هناك عن ابتداء العدّة بالقروء نقوله هنا عن ابتداء العدّة بالأشهر، فتبدأ هذه العدّة من وقت حصول سبب وجوب العدّة عند الجمهور ومن وقت العلم بالسبب عند الظاهرية؟ والجواب: نعم؛ لأن أقوال الفقهاء في ابتداء العدّة جاءت عامة وليست خاصة بعدة القروء، وهذا يعني أنها تشمل العدّة بالأشهر كما تشمل العدّة بالقروء من حيث وقت ابتدائها، ومع هذا فقد صرّح بعض الفقهاء بأن ابتداء العدّة بالأشهر يكون من وقت وقوع سبب وجوب العدّة، فمن هذه الأقوال:

٩٣٩٤ ـ من أقوال الفقهاء في ابتداء العدّة بالأشهر:

أ : جاء في «البدائع»: «أنها ـ أي العدّة ـ تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق والوفاة ـ عدة الوفاة بالأشهر ـ وغيرها حتى لو بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فعليها العدّة من يوم طلق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم»[١١٣٨٠].

ب : وفي «كشّاف القناع»: «والابتداء أي ابتداء العدّة من حين وقع الطلاق سواء كان وقوعه في الليل أو النهار أو في أثنائهما من ذلك الوقت إلى مثله، فإن كان الطلاق في أول الشهر اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلّة»[١١٣٨١].

جـ : وفي «المحلّى» لابن حزم: «فإن كانت المطلّقة لا تحيض لصغر أو كبر أو خلقة، ولم تكن حاملاً وكان قد وطئها فعدّتها ثلاثة أشهر من حين بلوغ الطلاق إليها أو إلى أهلها إن كانت صغيرة»[١١٣٨٢].

(١١٣٨٠) «البدائع» ج٣، ص١٩٠.

(١١٣٨١) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٣.

(١١٣٨٢) «المحلى» ج١٠، ص٢٦٥.

٩٣٩٥ - كيفية احتساب أشهر العدّة:

العدّة بالأشهر التي هي بدل عن الحيض مدتها ثلاثة أشهر بالنسبة لليائسة من المحيض، وبالنسبة للتي لم تحض لصغرها أو لم تحض أصلاً بالرغم من بلوغها السن التي تحيض فيها النساء عادة. والعدّة التي هي أصل بنفسها وليست بدلاً عن أي شيء آخر هي عدّة الوفاة ومدّتها أربعة أشهر وعشر. واحتساب أشهر هذه العدّة بنوعيها أي التي هي بدل عن الحيض، والتي هي أصل بنفسها ليست بدلاً عن الحيض، هذا الاحتساب يكون على التفصيل الآتي في المذاهب المختلفة:

٩٣٩٦ - أولاً: مذهب الحنفية[١١٣٨٣]:

أ : إذا وقع سبب العدّة في أول الشهر:

قالوا: إن سبب وجوب العدّة بالأشهر من الوفاة والطلاق ونحو ذلك إذا اتفق في غرَّة الشهر، اعتبرت أشهر العدّة بالأهِلَّة؛ لأن الله تعالى أمر بالعدة بالأشهر في هذا النوع من العدّة بقوله عز وجلّ: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾، وقوله عزّ وجلّ في عدّة الوفاة: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَاً﴾، فلزم اعتبار الأشهر، والشهر قد يكون ثلاثين يوماً وقد يكون تسعة وعشرين يوماً.

٩٣٩٧ - ب : إذا وقع سبب العدّة في بعض الشهر:

وإذا وقع سبب وجوب العدّة في بعض الشهر أي في خلاله وليس في أوله، فقد قال أبو حنيفة رحمه الله: تعتبر العدّة بالأيام، فتعتد من حين الطلاق واخواته تسعين يوماً، ومن الوفاة مائة وثلاثين يوماً. وحجة أبي حنيفة أن العدّة يراعى فيها الاحتياط، فلو اعتبرناها بالأيام لزاد مقدارها على الشهور، ولو اعتبرناها بالأهِلَّة لنقص عن الأيام، فكان إيجاب الزيادة أولى احتياطاً.

وقال الإمام محمد تعتد بقية الشهر الأول بالأيام وباقي الشهور بالأهلة ويكمل الشهر الأول من الشهر الأخير بالأيام.

وعن أبي يوسف روايتان، في رواية مثل قول أبي حنيفة، وفي رواية مثل قول محمد وهو قوله الأخير. وحجة محمد وأبي يوسف أن المأمور به هو الاعتداد بالأشهر، والأشهر اسم الأهلة، فكان الأصل في الاعتداد هو الأهلة، أي احتساب العدّة بالأهلة، وإنما نتحول إلى احتسابها بالأيام عند تعذر اعتبار الأهِلَّة، وقد تعذر اعتبار الهلال في الشهر الأول فعدلنا عنه إلى الأيام

(١١٣٨٣) «البدائع» ج٣، ص١٩٥-١٩٦.

ولا نعدل إليها في بقية الأشهر فلزم اعتبارها بالأهلة.

٩٣٩٨ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «إن كان الطلاق في أول الشهر اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة لظاهر النّص، وإن كان في أثناء الشهر اعتدت بقيته وشهرين بالأهلة كاملين كانا أو ناقصين، ومن الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً تكملة ما اعتدته من الشهر الأول»(١١٣٨٤).

٩٣٩٩ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

إن كان مبدأ العدّة أول الشهر فالثلاثة الأشهر سواء كانت كاملة أو ناقصة هي عدتها، وإن كان مبدؤها ليس أول الشهر فالشهران بعده على ماهما عليه من نقص (أي كون كل منهما تسعاً وعشرين يوماً) أو كمال (أي ثلاثين يوماً) ويلغى يوم الطلاق لا يحتسب في العدّة، وتكمل الشهر الأول معتبرة إياه ثلاثين يوماً من الشهر الرابع(١١٣٨٥).

٩٤٠٠ ـ رابعاً: مذهب الشافعية(١١٣٨٦):

إن وقع سبب العدّة في أول الشهر فالعدّة تكون بالأهلة، وإن وقع سبب العدّة في أثناء الشهر، فتعتد بعده شهرين بالأهلة وتكمل الشهر الأول (معتبرة إياه ثلاثين يوماً) من الشهر الرابع.

٩٤٠١ ـ خامساً: مذهب الظاهرية:

قال ابن حزم الظاهري: «فإن طلّقها في استقبال أول ليلة من الشهر مع تمام غروب الشمس اعتدت حتى يظهر هلال الشهر الرابع، فإذا ظهر حلّت من عدّتها، فإن طلّقها قبل ذلك أو بعده لزمها أن تعتد سبعاً وثمانين ليلة، فإذا أتمت ذلك حلّت لقول رسول الله ﷺ: «الشهر تسع وعشرون يوماً»(١١٣٨٧).

٩٤٠٢ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

قالوا: من طلّقت في أول الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالأهلة، وإذا طلّقت في أثنائه اعتدت بهلالين وأخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول، وقيل تكمل ثلاثين يوماً وهو أشبه(١١٣٨٨).

(١١٣٨٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٣.

(١١٣٨٥) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٧.

(١١٣٨٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٦.

(١١٣٨٧) «المحلى» ج١٠، ص٢٢٦.

(١١٣٨٨) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٦.

٩٤٠٣ ـ احتساب عدّة الوفاة:

ما ذكرناه من أقوال الفقهاء تصرح بعدّة الطلاق واخواته وهي ثلاثة أشهر وتبين هذه الأقوال كيفية احتسـاب هذه المدة ـ ثلاثة أشهرـ إذا وقع الطلاق ونحوه في أول الشهر أو في أثنائه. وأقوالهم هذه في كيفية احتساب عدّة الطلاق هي نفسها في كيفية احتساب عدّة الوفاة إذا وقعت في أول الشهر أو في أثنائه، وكل الفرق هو في مقدار العدّة إذ هي في الوفاة أربعة أشهر وعشر، وفي غيره ثلاثة أشهر إذا كانت العدّة بالأشهر.

٩٤٠٤ ـ انقضاء العدّة:

وتنقضي العدّة بالأشهر بانقضاء مدّتها وهي ثلاثة أشهر في الطلاق ونحوه في حياة الزوجين، أو بأربعة أشهر وعشر في عدة الوفاة إذا لم تكن الزوجة حاملاً في الحالتين، أي في حالة الفرقة في حياتهمـا أو في حالة وفاة الزوج. على أن يلاحظ كيفية احتساب أشهر العدّة ليعرف متى تنقضي العدّة وتنتهي أحكامها.

المبحث الثالث

عـدّة الحبـل

ابتداؤها واحتسابها وانقضاؤها

٩٤٠٥ ـ وقت ابتدائها:

هذه العدّة تتعلق بالمرأة الحبلى أي الحامل، وهي تبدأ من وقت وجود سبب وجوبها من طلاق ونحوه في حياة الزوجين أو بوفاة الزوج وهذا في النكاح الصحيح، أو من وقت المتاركة من قبل الزوجين أو تفريق القاضي بينهما في النكاح الفاسد أو في الوطء بشبهة.

٩٤٠٦ ـ احتساب مدتها:

قال علاء الدين الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ: «وأما عدّة الحبل فمقدارها بقية مدة الحبل قَلّتْ أو كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدّة بيوم أو أقل أو أكثر انقضت به العدّة»(١١٣٨٩)، فعدّة الحبل يتحدد مقدارها بمدة بقاء الحمل في بطن المرأة من وقت وجوب العدّة عليها إلى وقت وضع الحمل.

٩٤٠٧ ـ انقضاؤها:

وتنقضي عدّة الحبـل بوضـع الحمل لقوله تعالى: **﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾**(١١٣٩٠)، قال الإمام الكاساني: «وانقضاء عدّة الحبل بوضع الحمل إذا كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى: **﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾**»(١١٣٩١).

ولكن في عدّة الحـامـل المتوفى عنها زوجها اختلاف في انقضاء عدّتها بوضع الحمل، فالجمهور تنقضي بوضع الحمل وبعضهم قال تعتد أبعد الأجلين، وقول الجمهور هو الصحيح كما بيّنا من قبل(١١٣٩٢).

(١١٣٨٩) «البدائع» ج٣، ص١٩٦.

(١١٣٩٠) [سورة الطلاق، من الآية ٤].

(١١٣٩١) «البدائع» ج٣، ص١٩٦.

(١١٣٩٢) الفقرات من ٩٣٣٧-٩٣٤٣.

٩٤٠٨ ـ شروط انقضاء عدّة الحبل:

ويشترط لانقضاء عدّة الحبل بوضع الحمل أن يكون الحمل الذي تضعه المرأة مستبين الخلقة أو بعض الخلقة، وقد بيّنا أقل مدة تمضي على الحمل ليستبين خلقه أو بعض خلقه أو ليولد طفلاً سوياً[١١٣٩٣]. كما يشترط فيما تنقضي بوضعه العدّة أن ينفصل عن أمه كله لا بعضه، وإن كان متعدداً يشترط أن تضع الجميع فلا يكفي أن تضع واحداً من حملها ويبقى غيره في بطنها كما بيّنّا من قبل[١١٣٩٤].

٩٤٠٩ ـ ولا يشترط طهرها أو غسلها من نفاسها لانقضاء عدّتها إذا تحقق شرط وضع الحمل، جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا تنقضي عدّتها إلا بوضع كل الحمل ولو لم تطهر وتغتسل من نفاسها، وللعلم ببراءة الرحم بالوضع»[١١٣٩٥].

٩٤١٠ ـ حالات لا تنقضي فيها العدّة بوضع الحمل:

وإذا كان الأصل انقضاء عدّة المرأة الحبلى بوضع حملها، إلا أنه في بعض الحالات يتم وضع الحمل ولا تنقضي العدّة به، ومن ذلك إذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه لم تنقضِ العدّة بوضعه، وهذا مذهب الحنابلة وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع، وإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به. وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج امرأة ودخل بها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين عقد النكاح، فإنها لا تعتد بوضعه عند الحنابلة. وعند أبي حنيفة تعتد بوضعه محتجاً بقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

وقد ردّ ابن قدامة الحنبلي على هذه الحجة بأن هذا الحمل منفي عنه يقيناً فلا تعتد بوضعه كما لو ظهر بها حمل بعد موته، والآية الكريمة واردة في المطلقات[١١٣٩٦].

٩٤١١ ـ وبناء على ما تقدم فإن عدّتها عند الحنابلة والشافعية لا تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه، سواء كان هذا الحمل ملحقاً بغير الصغير كأن يكون من عقد فاسد أو وطء بشبهة أو كان من زنى لا يلحق بأحد؛ لأن العدّة تجب من كل وطء، فإذا وضعته اعتدت

(١١٣٩٣) الفقرات من ٩٣٤٤ـ٩٣٤٨.

(١١٣٩٤) الفقرات من ١٥٨٥ـ١٥٨٩.

(١١٣٩٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٥٩.

(١١٣٩٦) «المغني» ج٧، ص٢٧٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٨.

من الصبي وهو زوجها الذي مات عنها، وعدّتها عدّة وفاة وهي أربعة أشهر وعشر؛ لأن العدتين من رجلين فلا تتداخلان، فعدّة وضع الحمل تتعلق بوطئها من قبل غير زوجها. وعدّتها أربعة أشهر وعشر هي عدّتها لوفاة زوجها. وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبيـر دخل بها ثم طلّقها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها، فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء، وكذلك إذا طلّق المجبوب زوجته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه فإن عدّتها لا تنقضي بوضعـه وإنمـا تنقضي به عدّة الوطء ثم تستأنف عدّة الطلاق أو عدّة الوفاة على النحو الذي ذكرناه، وهذا عند الحنابلة والشافعية(١١٣٩٧).

(١١٣٩٧) «المغني» ج٧، ص٤٨٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٨.

الفصل الخامس

تحول العدة وتداخلها وتعددها

٩٤١٢ - تمهيد

قلنا: إن العدّة قد تكون بالقروء أو بالأشهر أو بوضع الحمل، ولكن قد يطرأ طارىء يوجب تحول العدّة من نوع إلى نوع آخر بالرغم من أن العدّة بدأت وفق نوع معين من أنواع العدّة، وهذا الانتقال من عدّة إلى أخرى هو ما نقصده بـ (تحول العدّة). أما تداخل العدّة فنريد به اجتماع عدتين لوجود سبب لكل منهما فتدخل إحداهما في الأخرى على نحو تحتسب من ضمنها، وعلى هذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تحول العدّة.

المبحث الثاني: اجتماع العدّتين وتداخلهما.

المبحث الأول

تحـول العـدّة

٩٤١٣ - تحول العدّة من الحيض إلى الأشهر:

المعتدة إذا كانت من ذوات الحيض وحاضت حيضة أو حيضتين ثم أيست، فإنها تنتقل عدّتها من الحيض إلى الأشهر فتستأنف العدّة بثلاثة أشهر لأؤنها لما أيست من الحيض صارت عدّتها بالأشهر لقوله تعالى: ﴿واللائي يئسنَ مِنَ المَحيض مِنْ نسائِكُم إن ارْتَبْتُمْ فعِدتهُنَّ ثلاثةُ أشهرٍ﴾(١١٣٩٨)، والأشهر بدل عن الحيض، وإنما تستأنف العدّة بالأشهر ولا تعتبر حيضتها التي حاضتهـا أو حيضتـاها؛ لأن العدّة لا تُلفَّق من جنسين: الحيض والأشهر، أو يقال إن إكمال الأصل - وهو الحيض - بالبدل غير ممكن لأنه يصير الشيء الواحد وهو الحيض أصلاً وبدلاً وهذا لا يجوز(١١٣٩٩).

٩٤١٤ - تحول العدّة من الأشهر إلى الحيض:

وهذا التحول قد يحدث للصغيرة التي تبدأ عدّتها بالأشهر، أو البالغة التي لم تحض فتبدأ عدّتها بالأشهر، أو التي ظنّت أنها وصلت إلى سن اليأس فتحيض قبل انتهاء عدّتها، فيلزمها استئناف عدّتها بالأقراء أي بالحيض، وهذا قول عامة علماء الأمصار منهم سعيد بن المسيب، والحسن، ومجاهد، وقتادة، والشعبي، والنخعي، والزهري، والثوري، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد، وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

ودليل هذا التحول أن الآيسة لما حاضت تبين أنها لم تكن آيسة وإنما كانت ممتدة الطهر. وأمـا في الصغيرة أو البـالغة التي لم تحض، فإنها لما حاضت تبيّن أنها قادرة على الاعتداد بالأصل وهو الحيض.قبل حصول المقصود بالبدل أي بالأشهر، والقدرة على الأصل تمنع اعتبار

(١١٣٩٨) [سورة الطلاق، الآية ٤].

(١١٣٩٩) «المغني» ج٧، ص٤٦٨، «المبسوط» ج٦، ص٢٧، «البدائع» ج٣، ص٢٠٠، «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٢٥.

البدل والاكتفاء به كالتيمم مع الماء، كما أنه لا يمكن جمع الشهور التي قضتها من عدّتها مع حيضها؛ لأن العدّة لا تُلفق من نوعين من العدّة، فلم يبق إلا استئناف العدّة بالحيض فتحيض ثلاث حيض حتى تتم عدّتها(١١٤٠٠) .

٩٤١٥ ـ تحول العدّة من الأشهر إلى الأطهار:

وإذا قلنا إن القرء هو الطهر وتحولت عدّتها من الأشهر إلى القروء بمعنى الأطهار، فهل تعتبر ما مضى من الطهر قبل الحيض فتعتبره طهراً واحداً ويبقى عليها طهران حتى تتم عدّتها؟ قال ابن قدامة الحنبلي: فيه وجهان (أحدهما) تعتبره طهراً واحداً؛ لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض، فأشبه الطهر بين الحيضتين. (والثاني) لا تعتبره؛ لأن القرء بمعنى الطهر هو الذي يكون بين حيضتين، وهذا الطهر لم يتقدمه حيض فلم يكن طهراً يعتبر من عدّتها(١١٤٠١).

وهذا مذهب الشافعية فقد جاء في «نهاية المحتاج»: «وعدة حرّة لم تحض لصغرها أو لعلة أو حبلة منعتها رؤية الدم أصلاً أو يئست، بثلاثة أشهر بالأهلة، فإن حاضت فيها أي في أثناء الأشهر وجبت الأقراء ـ أي الأطهار ـ لأنها الأصل ولم يتم البدل ولا يحسب ما مضى قرءاً أي طهراً»(١١٤٠٢).

٩٤١٦ ـ إذا حاضت بعد انقضاء عدّتها بالأشهر:

أما إذا انقضت عدّتها بالأشهر ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم تلزمها العدّة بالحيض ولا بغيره؛ لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدّة فلا يؤثر فيها(١١٤٠٣).

٩٤١٧ ـ تحول عدّة الطلاق إلى عدّة الوفاة:

إذا طلّق زوجته طلاقاً رجعياً ومات قبل انقضاء عدّتها، سواء طلّقها في حال صحته أو في حال مرضه، انهدمت عدة الطلاق وعليها أن تستأنف عدّة الوفاة؛ لأنه لا تزال زوجته ما دامت عدّة الطلاق الرجعي لم تنقضِ، فإذا مات وهي في عدّتها مات وهي زوجته، فيلزمها أن تعتد عدّة وفاة أربعة أشهر وعشراً، كما لو مات قبل أن يطلّقها(١١٤٠٤).

(١١٤٠٠) «المغني» ج٧، ص٤٦٧ـ٤٦٨، «المبسوط» ج٦، ص٢٧، «البدائع» ج٣، ص٢٠٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٦.

(١١٤٠١) «المغني» ج٧، ص٤٦٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٦.

(١١٤٠٢) «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٢٤ـ١٢٥.

(١١٤٠٣) «المغني» ج٧، ص٢٦٨.

(١١٤٠٤) «البدائع» ج٣، ص٢٠٠.

٩٤١٨ - إذا مات وهي في عدّة طلاق بائن:

أما لو مات وهي في عدّة طلاق بائن فإنها تستمر في عدّة الطلاق ولا تتحول إلى عدّة وفاة؛ لأن الطلاق البائن قطع رابطة الزوجية، فإذا مات بعد ذلك ولو لم تنقض العدّة فإنه مات وهي ليست زوجته، فلا تلزمها عدّة وفاة، إلا إذا كان قد طلّقها بائناً طلاق الفار فتلزمها أبعد العدتين[١١٤٠٥].

٩٤١٩ - تحول العدّة إلى عدّة وضع الحمل:

إذا ظهر بالمعتدة حمل من زوجها في أثناء عدّتها بالحيض أو بالأشهر، سقط حكم ما مضى من عدّتها بالحيض أو بالأشهر ولزمها أن تعتد بوضع الحمل؛ لأنه لما ظهر أنها حامل تبين أن ما رأته من الدم لم يكن حيضاً؛ لأن الحامل لا تحيض، ولأن وضع الحمل أقوى بدلالته على براءة الرحم من الحيض أو من الأشهر. ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لأقل من ستة أشهر منذ انقطعت الحيضة الثالثة، فهذا يعني أن الدم الذي نزل منها ليس بدم حيض، لأنها كانت حاملاً مع نزول الدم والحامل لا تحيض. ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثاً بعد انقضاء العدّة، بأن تأتي به لستة أشهر منذ فرغت من عدّتها لم يلحق بالزوج وحكمنا بصحة اعتدادها. وإن أتت به لدون ستة أشهر من انقضاء عدّتها، لحق بالزوج لأننا تبيّنّا أن الدم لم يكن دم حيض؛ لأنه يمكن وجوده في مدّة الحمل. وهذا عند الحنابلة والشافعية[١١٤٠٦].

٩٤٢٠ - وفي «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «وإن طلّقها وعدّتها بالقروء أو بالأشهر ثم حملت قبل تمام العدّة منه أو من غيره بزنى أو بإكراه، فإنها تنتقل عدّتها إلى عدّة الحبل فتنقضي بوضع الحمل، فإذا وضعته فقد تمت عدّتها وكذلك لو مات فحملت في عدّتها من وفاته من زنى أو إكراه فإن عدّتها تتحول إلى عدّة الحامل فتنقضي بوضع الحمل؛ لأن كل ذلك داخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١١٤٠٧].

(١١٤٠٥) الفقرات من ١٥٦٩-١٥٧١.

(١١٤٠٦) «المغني» ج٧، ص٤٦٨، «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٢٩.

(١١٤٠٧) «المحلى» ج١٠، ص٢٦٤.

المبحث الثاني

اجتماع العدّتين وتداخلهما

٩٤٢١ ـ المقصود باجتماع العدّتين:

نعني باجتماع العدّتين وجود سببين لعدتين بالنسبة لامرأة معينة على نحو يقتضي تعاقب هاتين العدّتين وعدم تداخلهما.

٩٤٢٢ ـ مثال لاجتماع العدّتين:

إذا تزوجت معتدّة في أثناء عدّتها، فنكاحها باطل؛ لأنها ممنوعة من النكاح ما دامت في العدّة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عقدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكتابُ أَجَلَهُ﴾[١١٤٠٨]. والحكمة من هذا المنع هو لمعرفة براءة الرحم، ولئلا يفضي نكاحها وهي في العدّة إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب فكان في منعها من الزواج في العدّة حفظاً لحقِّ زوجها الأول في صيانة مائِهِ، ومن ثمَّ كان زواجها وهي في العدّة باطل كما قلنا، كما لو تزوجت وهي في نكاحه. وعليه فإذا تزوجت وهي في العدّة وجب التفريق بينهما، فإن لم يدخل بها فالعدّة بحالها ولا تنقطع بعقد الزواج الثاني؛ لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً لمن عقد عليها، ولكن لو وطئها هذا العاقد عليها انقطعت العدّة سواء علم تحريم نكاحها أو جهله ولزمها أن تكمل عدّة زوجها الأول أي تكمل عدّتها الأولى التي وجبت حقاً لزوجها الذي فارقها بطلاق وغيره؛ لأن حقه أسبق والعدّة وجبت عن وطئه في نكاح صحيح. فإذا أكملت عدّة الأول، وجب عليها أن تعتد من الثاني، ولا تتداخل العدّتان لأنهما من رجلين. وهذا مذهب الحنابلة والشافعي والمالكية. وقال أبو حنيفة تتداخل العدّتان فتعتد بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني له، وتكون هذا القروء بقية عدّة الأول وعدّة الثاني، لأن القصد معرفة براءة الرحم وبتداخل العدّتين يحصل بهذا المقصود أي براءة الرحم منهما جميعاً[١١٤٠٩].

٩٤٢٣ ـ الحجة لاجتماع العدّتين على وجه التعاقب:

(١١٤٠٨) [سورة الطلاق، من الآية ٤].

(١١٤٠٩) «المغني» ج٧، ص٤٨٠ـ٤٨١، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩١، «قوانين الأحكام الشرعية» لابن هزي المالكي، ص٢٦٤.

واحتج ابن قدامة لمذهبه في أجتماع العدتين على وجه التعاقب لا على وجه التداخل بما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلّقها ونكحها غيره في عدّتها فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات وفرّق بينهما، وقال: أيما امرأة نكحت في عدّتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتدّت بقية عدّتها من زوجها الأول، وإن كان قد دخل بها، فرّق بينهما ثم اعتدّت بقية عدّتها من الأول، ثم اعتدّت من الآخر ولا ينكحها أبداً. وكذلك روي عن علي - رضي الله عنه - أنها تعتد عدّة أخرى من الآخر الذي عقد عليها بعد أن تكمل عدّتها الأولى. ولم يعرف لعمر وعلي في قولهما مخالف من الصحابة، وأيضاً فإن العدّتين حقّان مقصودان لشخصين فلم يتداخلا كالدينين[11410].

٩٤٢٤ - تداخل العدّتين:

ويراد بتداخل العدّتين وجوب عدّتين على امرأة فتدخل إحداهما في الأخرى، ويكون انقضاؤها انقضاء للعدتين، كما لو طلّق رجل زوجته طلاقاً بائناً فوطئها وهي في عدّتها جاهلاً فيما إذا كان الطلاق بائناً كما لو نسي طلاقها أو ظنّها زوجته الأخرى، ففي هذه الحالة تتداخل العدّتان، عدّتها الأولى بسبب طلاقه، وعدّتها الثانية بسبب وطئه لها، وهذا التداخل يكون فيما إذا كانت العدتان بالقروء أو بالأشهر، أي تكونان من جنس واحد، فتبدأ المرأة عدّة القروء أو الأشهر من وقت انتهاء الوطء، ويدخل في هذه العدّة بقية عدّة الطلاق؛ لأن مقصود عدّة الطلاق والوطء واحد فلا معنى للتعدد. فإن لم تتفق العدّتان، بأن كانتا من جنسين، بأن كانت إحداهما حبلاً، وجد قبل الطلاق أو بعده بوطء بعده، وكانت العدّة الأخرى قروءاً (أي حيضاً أو طهراً) بأن طلّقها وهي حامل ثم وطئها قبل الوضع أو طلّقها وهي حائل، غير حامل، ثم وطئها في عدّتها بالقروء فأحبلها، تداخلت العدّتان أيضاً في هذه الحالة في القول الأصح في مذهب الشافعية؛ لأنهما - أي هاتان العدّتان - لشخص واحد، فكانتا كالمتجانستين فتنقضيان بوضعه أي بوضع الحمل[11411].

٩٤٢٥ - وعند الحنابلة إذا طلّقها بائناً ووطئت في عدّتها بشبهة استأنفت العدّة للوطء؛ لأن الوطء قطع العدّة الأولى، والوطء موجب للاعتداد للحاجة إلى العلم ببراءة الرحم من الحمل، ودخلت في هذه العدّة المستأنفة بقية العدّة الأولى؛ لأن الوطء بشبهة يلحق به النسب فدخلت بقية العدّة الأولى في الثانية[11412].

(١١٤١٠) «المغني» ج٧، ص٤٨١-٤٨٢.

(١١٤١١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩١-٣٩٢. (١١٤١٢) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٩.

الفصل السادس
أحكام العدة

٩٤٢٦ - تمهيد

يترتب على العدّة أحكام تتقرر بموجبها حقوق للمعتدّة، كما تتقرر بموجبها واجبات عليها، كما يثبت في العدّة نسب من يولد في أثنائها بشروط معينة، فمن جهة حقوق المعتدّة لها حق الإرث بشروط، ولها حق النفقة ما دامت في العدّة بشروط. ومن جهة الواجبات عليها أن لا تتزوج ولا تخطب ما دامت في العدّة، وأن لا تخرج من بيت العدةّ، وأن تلزم الإحداد.

٩٤٢٧ - منهج البحث:

وبناء على ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الامتناع عن الزواج والخطبة.
المبحث الثاني: النسب والإرث في العدّة.
المبحث الثالث: ملازمة المعتدّة بيت العدّة.
المبحث الرابع: الإحداد في العدّة.
المبحث الخامس: نفقة العدّة.

المبحث الأول

الامتناع عن الزواج والخطبة

٩٤٢٨ ـ لا يجوز زواج المعتدّة:

لا يجوز للأجنبي نكاح المعتدة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عقدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكتابُ أَجَلَهُ﴾[١١٤١٣]. أي لا تعقدوا عقدة النكاح حتى ينقضي ما كتب الله عليها من العدّة؛ ولأن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه، وبعد الطلاق الثلاث والبائن قائم من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار النكاح، والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطاً. ولكن يجوز لصاحب العدّة أي زوجها الذي فارقها بطلاق ونحوه أن يتزوجها وهي في العدّة؛ لأن النهي عن التزوج في العدّة إنما هو في حق الأجانب لا في حق الزوج، لأن عدّة الطلاق إنما لزمتها حقاً للزوج لأنها باقية على حكم نكاحه من وجه، فعلى هذا يظهر تحريم تزوجها في حق الأجانب لا في حقه[١١٤١٤]. وقد بيّنّا ذلك بالتفصيل[١١٤١٥].

٩٤٢٩ ـ لا يجوز خطبة المعتدّة:

وكذلك لا يجوز خطبة المعتدّة وهي في عدّتها، وهذا هو الأصل والقاعدة، ويجوز بالنسبة لبعض المعتدات تلميحاً لا تصريحاً على النحو الذي فصلناه من قبل، فلا نعيده هنا بل نحيل عليه[١١٤١٦].

(١١٤١٣) [سورة البقرة، من الآية ٢٣٥].

(١١٤١٤) «البدائع» ج٣، ص٢٠٤.

(١١٤١٥) الفقرة ٦٣٧٤.

المبحث الثاني

النسب والإرث في العدّة

٩٤٣٠ ـ نسب من يولد في العدّة:

ويثبت نسب من تلده المعتدّة في عدّتها بشروط معينة سنتكلم عليها ـ إن شاء الله تعالى ـ بتفصيل عند الكلام عن أحكام الأولاد وحقوقهم، ومنها ثبوت نسبهم.

٩٤٣١ ـ ثبوت التوارث بين الزوجين في العدّة:

أولاً: في عدّة الطلاق الرجعي:

ويثبت التوارث بين الزوجين في عدّة الطلاق الرجعي، فأي واحد من الزوجين مات في أثناء العدّة ورثه الآخر؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يرفع الحل ما دامت عدّة الزوجة قائمة، فهي زوجته ما دامت في العدّة، فإذا مات زوجها أو ماتت هي في العدّة ورث الحي منهما الميت؛ لبقاء الزوجية بينهما من كل وجه.

٩٤٣٢ ـ ثانياً: في عدّة الطلاق البائن:

لا توارث بين الزوجين إذا مات أحدهما في عدّة الطلاق البائن، لأن هذا الطلاق يزيل الملك ويرفع الحل، إلا إذا طلّقها في مرض الموت بائناً بدون رضاها، فإنها ترثه إذا مات وهي في عدّتها؛ لأن طلاقها طلاق الفار كما أشرنا إليه .

المبحث الثالث

ملازمة المعتدّة بيت العدّة

٩٤٣٣ ـ نصّ القرآن الكريم:

قال الله عزّ وجلّ: ﴿يا أَيُّها النبيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فطلِّقوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وأَحْصُوا العِدَّةَ واتَّقُوا الله ربَّكُم لا تُخرجُوهُنَّ مِنْ بيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يأتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ. .﴾(١١٤١٨).

٩٤٣٤ ـ عدم خروج أو إخراج المعتدّة من البيت:

أفاد قوله تعالى: ﴿لَا تُخرِجوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجنَ. .﴾ حرمة خروج أو إخراج المعتدة من بيت العدّة، فإن خرجت أثمت ولا تنقطع العدّة، جاء في «أحكام القرآن» للقرطبي بصدد هذه الآية: «أي ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح ما دامت في العدّة، ولا يجوز لها الخروج أيضاً لحق الزوج إلا لضرورة ظاهرة. .»(١١٤١٩).

وفي «تفسير الرازي» بصدد هذه الآية: «لا تخرجوا المعتدات من المساكن التي كنتم تساكنهنّ فيها قبل الطلاق. . وعلى الزوجات أيضاً أن لا يخرجن حقاً لله تعالى إلا لضرورة ظاهرة، فإن خرجت ـ أي لغير ضرورة ـ ليلاً أو نهاراً كان ذلك الخروج حراماً ولا يقطع العدّة»(١١٤٢٠).

وفي «تفسير الزمخشري»: «فإن قلت ما معنى الجمع بين إخراجهنّ وخروجهن؟ قلت: معنى الإخراج أن لا يخرجهن أزواجهن غضباً عليهن وكراهة لمساكنتهن، أو لحاجةٍ لهم إلى المساكن، وأن لا يأذنوا لهن في الخروج إذا طلبن ذلك، إيذاناً بأن إذنهم لا أثر له في رفع الحظر. ولا يخرجن بأنفسهن إن أردن ذلك(١١٤٢١).

(١١٤١٨) [سورة الطلاق، الآية ١].

(١١٤١٩) «أحكام القرآن ـ تفسير القرآن» للقرطبي، ج١٨، ص١٥٤.

(١١٤٢٠) «تفسير الرازي» ج٣٠، ص٣٢.

(١١٤٢١) «تفسير الزمخشري» ج٤، ص٥٥٤.

وفيما ذكرت من أقوال المفسرين بصدد الآية الكريمة التي ذكرناها وفيها النهي عن إخراج المعتدات من بيوتهن والنهي عن خروجهن، أقول: في أقوالهم دليل على وجوب ملازمة المعتدة بيت العدّة حتى تنقضي وعدم الخروج منه..

٩٤٣٥ - من يلزمها ملازمة بيت العدّة:

المعتدة قد تكون معتدّة من نكاح صحيح بطلاق رجعي أو بطلاق بائن أو لوفاة زوجها. وقد تكون معتدة لفرقة من نكاح فاسد أو لوطء لشبهة، وأيضاً فقد تكون المعتدّة صغيرة أو مجنونة، مسلمة أو كتابية في نكاح صحيح فهل يلزم جميع المعتدات هذا الحكم: ملازمة بيت العدّة فلا يجوز لهن الخروج ولا يجوز لأزواجهن أو غيرهم إخراجهن؟ هذا ما نبيِّنه فيما يلي:

٩٤٣٦ - أولاً: المعتدّة من طلاق رجعي:

لا خلاف في أن المعتدّة من طلاق رجعي يلزمها ملازمة بيت العدّة وعدم خروجها أو إخراجها منه وذلك لقوله تعالى: ﴿.. **لا تُخرجوهُنَّ مِنْ بيُوتهنَّ ولاَ يَخْرُجن**..﴾[١١٤٢٢]. بل إن سياق الآية الكريمة يدل على أن عدم الخروج والإخراج من بيت العدّة يتعلقان بالمعتدة من طلاق رجعي[١١٤٢٣]. ولأن المطلقة رجعياً لا تزال زوجة لمطلقها لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يباح لها الخروج كما قبل الطلاق، إلا أن بعد الطلاق الرجعي لا يباح لها الخروج، وإن أذن لها زوجها بالخروج بخلاف ما قبل الطلاق؛ لأن حرمة الخروج بعد الطلاق لمكان العدّة، وفي العدّة حق الله تعالى فلا يملك الزوج إبطاله بالإذن لها بالخروج بخلاف ما قبل الطلاق، لأن الحرمة ثمة لحق الزوج خاصة فيملك إبطال حق نفسه بالإذن لها بالخروج، وأيضاً فإن الزوج يحتاج لتحصين مائِهِ، والمنع من الخروج طريق التحصين للماء؛ لأن الخروج يريب الزوج أنه وطئها غيره فيشتبه النسب إذا حلّت[١١٤٢٤].

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وحكم الرجعية المعتدّة من طلاق رجعي في العدّة حكم المتوفى عنها زوجها في لزوم المنزل - بيت العدّة - لقوله تعالى: ﴿**لاَ تُخرجُوهُنَّ مِنْ بيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجن**﴾، وسواء أذن لها الزوج في الخروج أو لم يأذن؛ لأن ذلك من حقوق العدّة وهي حق الله تعالى، فلا يملك الزوج إسقاط شيء من حقوقها»[١١٤٢٥].

(١١٤٢٢) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥.

(١١٤٢٣) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج٤، ص١٨١٧، ١٨١٨، «المحلى» ج١٠، ص٢٨٢، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٧.

(١١٤٢٤) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥.

(١١٤٢٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٧.

٩٤٣٧ ـ ثانياً: المعتدّة من الطلاق الثلاث أو البائن:

المعتدة من الطلاق الثالث أو البائن يلزمها عدم الخروج من بيت العدّة كما يلزم الزوج وغيره عدم إخراجها من بيت العدّة لقوله تعالى: ﴿لَا تُخرِجُوهُنَّ مِنْ بيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجن..﴾ باعتبار أنَّ حكم هذه الآية غير مقصور على المطلّقة طلاقاً رجعياً بل يشمل سائر المطلقات، ولو كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً بينونة صغرى كما جاء في «تفسير القرطبي»(١١٤٢٦). أو أن هذا الحكم ـ ملازمة المعتدّة بيت العدّة ـ يشمل المطلقة ثلاثاً أو بائناً بدلالة قوله تعالى: ﴿أَسْكِنوهنَّ مِنْ حيثُ سكَنْتُم مِنْ وُجْدِكُم﴾، كما جاء في «تفسير ابن العربي»(١١٤٢٧).

أو لعموم النهي من الخروج والإخراج المستفاد من الآية التي ذكرناها: ﴿لَا تُخرِجُوهُنَّ مِنْ بيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجن﴾ ولمسيس الحاجة إلى تحصين ماء الرجل عن طريق منعها من الخروج كما ذكرنا(١١٤٢٨).

٩٤٣٨ ـ ثالثاً: المعتدّة عدّة الوفاة:

أما المعتدّة عدّة الوفاة فعليها الاعتداد في بيتها الذي كانت تسكنه يوم توفي زوجها لما جاء في حديث فريعة الذي استشهد زوجها فسألت رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت أهلها فقال ﷺ: «امكثي في بيتك الذي أتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله» قالت: فاعتددت أربعة أشهر وعشراً»(١١٤٢٩) وروي ذلك، أي أنها تعتد في بيتها الذي كانت تسكنه يوم وفاة زوجها، عن عمر، وعثمان، وابن عمر، وابن مسعود، وبه قال مالك والثوري والأوزاعي، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق، وقال ابن عبد البرّ: وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار، وليس لها أن تخرج إلى الحج أو إلى غيره ما دامت هي في العدّة(١١٤٣٠).

٩٤٣٩ ـ رابعاً: إذا كانت المعتدّة صغيرة:

وإذا كانت المعتدّة صغيرة فلها أن تخرج من منزلها إذا كانت عدّتها من فرقة لا رجعة فيها، سواء أذن الزوج لها أو لم يأذن؛ لأن وجوب القرار في بيت العدّة على المعتدة لحقّ الله تعالى

(١١٤٢٦) «تفسير القرطبي» ج١٨، ص١٥٤.

(١١٤٢٧) «أحكام القرآن ـ تفسير القرآن» لابن العربي، ج٤، ص١٨١٩، ١٨٢٧.

(١١٤٢٨) «البدائع» ج٣، ص٢٠٣.

(١١٤٢٩) «نيل الأوطار» ج٦، ص٢٩٨، وقال الشوكاني عن الحديث: رواه الخمسة.

(١١٤٣٠) «المغني» ج٧، ص٥٢١، ٥٣١، «البدائع» ج٢، ص٢٠٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٣، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣، قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي، ص٢٦٤.

وحق الزوج، وحق الله تعالى لا يجب على الصغيرة، وحق الزوج في صيانة مائِهِ وحفظ نسب ولده وذلك بمنع ما قد يؤدي إلى حبلها، ولا يحتمل ذلك منها لعدم إمكان وطئها لصغرها فلا يثبت له حق منعها من الخروج لهذا المعنى. وإن كانت العدّة من فرقة يملك فيها الزوج رجعتها، فلا يجوز لها الخروج بغير إذن زوجها؛ لأنها زوجته وله أن يأذن لها بالخروج[11431].

٩٤٤٠ ـ خامساً: إذا كانت المعتدّة مجنونة:

وإذا كانت المعتدة مجنونة فلها أن تخرج من بيتها؛ لأنها غير مخاطبة بحقوق الله كالصغيرة، إلا أن لزوجها أن يمنعها من الخروج؛ لأن المنع في حق المجنونة لصيانة مائِهِ لاحتمال الحبل[11432].

٩٤٤١ ـ سادساً: إذا كانت المعتدّة كتابية:

وإذا كانت زوجة المسلم كتابية ـ يهودية أو نصرانية ـ ولزمتها العدّة، فلها أن تخرج؛ لأن السكن في العدّة لحق الله من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه والكتابية غير مخاطبة بشرائع هي عبادات إلا إذا منعها الزوج من الخروج لتحصين مائِهِ؛ لأن له حقاً في العدّة هو منعها من الخروج لتحصين مائِهِ عن الاختلاط، وهذا عند الحنفية.

وقال غير الحنفية كالحنابلة: تجب العدّة على الكتابية إذا كانت زوجة مسلم لعموم الآيات، وعدّتها كعدّة المسلمة في قول فقهاء الأمصار[11433]. ومعنى ذلك أنها لا تخرج من بيت العدّة كالمسلمة وعلى التفصيل الذي ذكرناه في حقها.

٩٤٤٢ ـ سابعاً: المعتدة في النكاح الفاسد:

المعتدة في النكاح الفاسد لها أن تخرج من بيتها؛ لأن أحكام العدّة مرتبة على أحكام النكاح، بل هي أحكام النكاح السابق في الحقيقة بقيت بعد الطلاق والوفاة، والنكاح الفاسد لا يفيد منع الزوجة من الخروج، فكذا العدّة فيه إلا إذا منعها الزوج من الخروج من البيت لتحصين مائِهِ فله ذلك[11434].

٩٤٤٣ ـ المقصود ببيت العدّة:

بيت العدّة هو المسكن الذي تقيم فيه المعتدّة ولا تفارقه لقضاء عدّتها كما بيّنّا، فما هو هذا

(١١٤٣١) «البدائع» ج٣، ص٢٠٨. (١١٤٣٢) «البدائع» ج٣، ص٢٠٨.

(١١٤٣٣) «البدائع» ج٣، ص٢٠٨، «المغني» ج٧، ص٤٤٨.

(١١٤٣٤) «البدائع» ج٣، ص٢٠٧، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٣.

المسكن وهل يشترط أن يكون مملوكاً لها؟ والجواب، قال تعالى: ﴿لَا تُخرجُوهُنَّ مِنْ بيُوتِهِنَّ ولاَ يَخْرُجن..﴾ قال الزمخشري: قوله تعالى: ﴿مِنْ بُيوتهِنَّ﴾ أي من مساكنهن التي يسكنَّها قبل العدّة وهي بيوت الأزواج، وأضيفت إليهنّ لاختصاصها بهنّ من حيث السكن»[11435]. وقال ابن العربي المالكي في قوله تعالى: ﴿مِنْ بيوتهِنَّ﴾ إضافة البيوت إليهن هي إضافة إسكان وليست إضافة تمليك»[11436]. وفي «تفسير الآلوسي» في تفسير هذه الآية: «أي لا تخرجوهن من مساكنهن عند الطلاق إلى أن تنقضي عدّتهن. وأضاف البيوت إليهن وهي بيوت أزواجهن لتأكيد النهي ببيان كمال استحقاقهن لسكناها كأنها أملاكهن»[11437]. فالمقصود ببيت العدّة ـ في ضوء أقوال المفسرين التي ذكرناها ـ البيت الذي كانت تسكنه وقت وقوع الفرقة، فلا يجوز إخراج المعتدّة ولا خروجها منه. ولا يشترط في هذا المسكن أن يكون مملوكاً لها، وإنما الشرط أن يكون مكان سكناها وقت الفرقة.

٩٤٤٤ ـ أقوال الفقهاء في بيت العدّة:

وإذا كان بيت العدّة هو البيت الذي تقضي فيه المعتدة عدّتها، وهو الذي كانت تسكنه مع زوجها عادة وقت وقوع الفرقة، ولا يشترط أن يكون ملكاً لها، كما فهمناه من أقوال المفسرين، فإن الفقهاء صرّحوا بهذا أيضاً مبيّنين أن هذا هو المقصود ببيت العدّة الذي تقضي فيه المعتدّة عدّتها.

٩٤٤٥ ـ قول الحنفية ومن وافقهم:

فقد جاء في «البدائع» في فقه الحنفية: «ومنزلها الذي تؤمر بالسكنى فيه للاعتداد هو الموضع الذي كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته سواء كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن، لأن الله تعالى أضاف البيت إليها بقوله عزّ وجلّ: ﴿لَا تُخرجُوهُنَّ مِنْ بيوتِهِنَّ﴾، والبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه. ولهذا قال أصحابنا أنها إذا زارت أهلها فطلّقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها الذي كانت تسكن فيه فتعتد ثمة لأن ذلك هو الموضع الذي يضاف إليها وإن كانت هي في غيره..»[11438]، وبهذا قال الشافعية والمالكية وكذلك هو قول الظاهرية بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعي[11439].

(١١٤٣٥) «تفسير الزمخشري» ج٤، ص٥٥٤.

(١١٤٣٦) تفسير ابن العربي «أحكام القرآن» ج٤، ص١٨١٧.

(١١٤٣٧) «تفسير الالوسي» ج٢٨، ص١٣٣.

(١١٤٣٨) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥.

(١١٤٣٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٢، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٨٤، «المحلى» ج١٠، ص٢٨٢.

٩٤٤٦ ـ قول الحنابلة:

وعندهم لا يتعين الموضع الذي تسكنه في أثناء عدّتها سواء كان لها السكنى أم لا، بل يتخير الزوج بين إقرارها في الموضع الذي طلّقها فيه وبين نقلها إلى مسكن مثلها، والمستحب إقرارها لقوله تعالى ﴿**لَا تُخرجوهنَّ مِنْ بيوتهنَّ ولاَ يَخْرجن إلَّا أنْ يأتينَ بِفاحشةٍ مُبيّنة**﴾، ولأن فيه خروجاً من الخلاف فإن الذين يقولون إن لها السكنى ولو في الطلاق البائن يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها، وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت، وكذلك المتوفى عنها زوجها إذا لم يسكنها ورثته؛ لأنه إنما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مائِهِ، فإذا لم يفعلوا لم يلزمها ذلك[١١٤٤٠]، وإن كان بيت العدّة بالنسبة للمتوفى عنها زوجها هو المنزل الذي كانت تسكنه يوم مات زوجها فقد جاء في «كشّاف القناع» «وتجب عدّة الوفاة في المنزل الذي وجبت فيه وهو المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لفريعة: اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله، فاعتدت أربعة أشهر وعشراً. . .»[١١٤٤١].

٩٤٤٧ ـ تغيير بيت العدّة للضرورة أو للحاجة:

وإذا كان بيت العدّة الذي تقضي فيه المعتدّة عدّتها هو البيت الذي كانت تسكنه عند وقوع الفرقة كما قلنا، . فهل يجوز للمعتدة أن تتحول عنه فتنتقل منه إلى منزل آخر تقضي فيه عدّتها أو بقية عدّتها؟.

والجواب: نعم، إذا وجدت الضرورة أو الحاجة إلى ذلك، وبهذا صرّح الفقهاء فمن أقوالهم في جواز التغيير للضرورة أو الحاجة ما يأتي:

٩٤٤٨ ـ من أقوال الحنفية:

جاء في «البدائع» وفي فقه الحنفية: «فإن اضطرت إلى الخروج من بيتها بأن خافت سقوط منزلها أو خافت على متاعها. . فلا بأس عند ذلك أن تنتقل. . وإنما كانت كذلك لأن السكنى وجبت على المعتدة بطريق العبادة حقاً لله تعالى عليها والعبادات تسقط بالأعذار، وقد روي أن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ لما قتل نقل علي ـ رضي الله عنه ـ زوجته أم كلثوم ـ وهي ابنة علي ـ لأنها كانت في دار الإجارة، وروي أيضاً أن عائشة ـ رضي الله عنها ـ نقلت أختها أم كلثوم بنت

(١١٤٤٠) «المغني» ج٧، ص٥٣٠-٥٣١.

(١١٤٤١) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣.

أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنها ـ لما قتل طلحة ـ رضي الله عنه ـ فدلّ ذلك على جواز الانتقال للعذر»[11442].

٩٤٤٩ ـ من أقوال الشافعية:

وجاء في «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية: «وتنتقل من المسكن ـ بيت العدّة ـ لخوف من هدم أو غرق على نفسها أو مالها وإن قلّ، أو على نفسها من فُسَّاقٍ بجوارها، فقد أرخص ﷺ لفاطمة بنت قيس في الانتقال حيث كانت في مكان مخيف كما رواه أبو داود. أو تأذّت بالجيران أو تأذّوا هم بها أذىً شديداً لا يحتمل عادة، للحاجة إلى ذلك أي للانتقال، وحيث نقلت أو انتقلت سكنت في أقرب الأماكن إلى الأول. وقال الزركشي المنصوص في «الأم»: إن الزوج يحصنها ـ أي يسكنها ـ حيث رضي لا حيث شاءت ـ»[11443].

٩٤٥٠ ـ من أقوال الحنابلة:

أ: جاء في «المغني»: «وإن عجز الزوج عن إسكانها ـ إسكان المعتدّة ـ لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت وكذلك المتوفّى عنها زوجها إذا لم يسكنها ورثته..»[11444].

ب: وفي «كشّاف القناع»: «وتجب عدّة الوفاة في المنزل الذي وجبت العدّة فيه وهو المنزل الذي مات فيه زوجها وهي ساكنة فيه سواء كان المنزل لزوجها أو كان بإجارة أو عاريّة إذا تطوع الورثة بإسكانها فيه. وإن انتقلت المعتدّة إلى غيره لزمها العود إليه لتقضي عدّتها بها، إلا أن تدعو الضرورة إلى خروجها منه، بأن يحولها مالك المنزل منه، أو تخشى على نفسها من هدم أو غرق أو عدو أو غير ذلك، أو لا تجد ما تكتري به فتنتقل لأنها حالة عذر..»[11445].

٩٤٥١ ـ من أقوال المالكية:

قالوا: تقيم المعتدّة من طلاق أو وفاة في بيتها ولا تخرج إلا من ضرورة فإن خرجت من غير عذر رَدَّها السلطان. وللمعتدة الخروج لعذر من لصوص أو لهدم الدار أو غلاء كرائها، فإن انتقلت لزمها المقام حيث انتقلت[11446]. وفي «الشرح الصغير» للدردير: «ولها الانتقال من محل عدّتها لعذر لا يمكن المقام فيه كسقوطه أي انهدامه أو خوف لصّ أو جار سوء. وإذا انتقلت

(١١٤٤٢) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥ـ٢٠٦.

(١١٤٤٣) «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٤٧ـ١٤٨.

(١١٤٤٤) «المغني» ج٧، ص٥٣١.

(١١٤٤٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣.

(١١٤٤٦) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٦٤.

لزمت ما انتقلت له إلا لعذر[1447].

٩٤٥٢ - بيت العدّة الجديد يأخذ حكم القديم:

وإذا انتقلت من بيت العدّة إلى غيره للضرورة أو للحاجة على النحو الذي فصّلْناه، لزمها في بيت العدّة الجديد ما كان يلزمه في بيت العدّة القديم؛ لأن انتقالها كان لعذر، فصار المنزل الذي انتقلت إليه كأنه منزلها من الأصل، فيلزمها المقام فيه حتى تنقضي عدّتها[1448].

٩٤٥٣ - إذا وجبت العدّة والمرأة خارج بيتها:

وإذا وجبت العدّة على الزوجة والمرأة خارج بيتها، كما لو كانت في زيارة أهلها وطلّقها أو مات، أو خرجت من بيتها بإذنه وطلّقها أو مات وهي خارج البيت، فعليها العود إلى بيتها حالاً لتقضي عدّتها فيه[1449].

٩٤٥٤ - عودة المسافرة إلى بيت العدّة:

قلنا: إذا وجبت العدّة على الزوجة وهي خارج بيتها لزمها العود إليه حالاً لتقضي فيه العدّة، ولكن في عودها إلى بيتها إذا وجبت عليها العدّة وهي مسافرة شيء من التفصيل نوجزه فيما يأتي:

٩٤٥٥ - أولاً: مذهب الحنفية:

إذا خرج مع امرأته مسافراً فطلّقها في بعض الطريق أو مات عنها، فإن كان بينها وبين بلدها الذي خرجت منه أقل من مسيرة ثلاثة أيام، وبينها وبين الجهة التي تقصدها مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، رجعت إلى بلدها؛ لأنها لو مضت إلى جهتها التي قصدتها لكان ذلك منها إنشاء سفر جديد تقصر فيه الصلاة وهي معتدة، ولو رجعت إلى بلدها لما احتاجت إلى ذلك، فكان الرجوع أولى كما لو طلّقها زوجها في بلدها خارج بيتها، فإنّها تعود إلى بيتها، فكذا هنا. وإن كان بينها وبين بلدها أكثر من مسيرة ثلاثة أيام، وبينها وبين الجهة التي تقصدها أقل من مسيرة ثلاثة أيام، فإنها تمضي في سفرها؛ لأنه ليس في مضيها في سفرها إنشاء سفر هي ممنوعة منه، وفي رجوعها إلى بلدها إنشاء سفر هي ممنوعة منه.

وإن كان بينها وبين بلدها مسيرة ثلاثة أيام، وبينها وبين الجهة التي تقصدها مسيرة ثلاثة

(١١٤٤٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٠٣.

(١١٤٤٨) «البدائع» ج٣، ص٢٠٦، ابن جزي، المصدر السابق، ص٢٦٤.

(١١٤٤٩) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٤، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣، «الشرح الصغير» للدردير، ج٣، ص٥٠٣

أيام فصاعداً، فإن كان الطلاق أو الموت في المفازة أو في موضع لا يصلح للإقامة بأن خافت على نفسها أو على متاعها، فهي بالخيار إن شاءت مضت وإن شاءت رجعت إلى بلدها؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر سواء كان معها محرم أم لم يكن. وإن كان الطلاق في المصر أو في موضع يصلح للإقامة، فعند أبي حنيفة تقيم فيه حتى تنقضي عدّتها، ولا تخرج بعد انقضاء عدّتها إلا مع محرم. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرم مضت على سفرها(١١٤٥٠).

٩٤٥٦ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

قالوا: لو أذن الزوج لزوجته في سفر حج أو عمرة أو تجارة أو لقضاء حاجة لها ثم وجبت عليها العدّة في أثناء الطريق، فلها الرجوع إلى بيتها أو المضي في سفرها، لأن في قطعها عن السفر مشقة، لا سيما إذا بعدت عن البلد وخافت الانقطاع عن الرفقة، ولكن الأفضل رجوعها إلى منزلها. ولكن إذا وجبت عليها العدّة قبل الخروج من المنزل، وكذا إذا لم تفارق عمران البلد فعليها الرجوع إلى منزلها في القول الأصح في مذهب الشافعية(١١٤٥١).

٩٤٥٧ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

قالوا: إن سافر الزوج بزوجته لغير النقلة فمات أو طلّقها البتة في الطريق قريباً من بلدها وهي دون مسافة القصر لزمها العود؛ لأنها في حكم الإقامة ويؤيد ذلك ما رواه سعيد بن المسيب قال: «توفي أزواج نساؤهن حاجّاتٌ أو معتمرات فردّهن عمر ـ رضي الله عنه ـ من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن» ولأنه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها الرجوع. وإن كان بعدها فوق مسافة القصر بالنسبة لبلدها وبالنسبة للبلد الذي تقصده خُيِّرت بين الرجوع إلى سكنها وبين المضي في سفرها. وإذا مضت في سفرها فلها الإقامة في البلد الذي قصدته حتى تقضي ما خرجت إليه من تجارة وغيرها.

وإن خرجت للنزهة أو للزيارة ولم يكن معها زوجها، فإن كان زوجها قد حدد لها مدّة قبل موته أو طلاقه، أقامت هذه المدة، وإن لم يقدر لها مدّة أقامت ثلاثة أيام بلياليها، فإن انقضت ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره أَتَمَّت العدّة في مكانها للعذر. وإن أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الرجوع إلى منزلها حتى تنقضي عدتها؛ لأن السفر يستوعب ما بقي منها، لزمتها الإقامة في مكانها حتى تنقضي عدّتها، وإن كانت تصل إلى منزلها ويبقى من عدّتها شيء، لزمها العود إلى منزلها؛ لتعتد ما بقي من عدّتها في منزلها(١١٤٥٢).

(١١٤٥٠) «البدائع» ج٣، ص٢٠٧.

(١١٤٥١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٤.

(١١٤٥٢) «المغني» ج٧، ص٥٣١ ـ٥٣٢، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٤ـ٢٧٥.

٩٤٥٨ ـ عودة المسافرة للحج إذا لزمتها العدّة:

إذا سافرت الزوجة للحج بإذن زوجها، أو كانت حجّتها حجة الإسلام فأحرمت بالحج، ثم مات زوجها أو طلّقها فخشيت فوات الحج إن قعدت، مضت في سفرها؛ لأن العدّة التي وجبت عليها والحج الذي نوته عبادتان استوتا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو سبقت العدّة ولأن الحج آكد، لأنه أحد أركان الإسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه. وإن لم تخش فوات الحج وهي في بلدها أو قريبة منه ويمكنها العود إليه أقامت لتقضي العدّة في منزلها لأنها أمكنها الجمع بين الواجبين: العدّة ومباشرة أفعال الحج من غير ضرر بالرجوع، فلم يجز إسقاط أحدهما، ولأنها في حكم المقيمة. وإن لم تكن في بلدها ولا قريبة منه أو لم يمكنها العود إلى منزلها مضت في سفرها لأن في الرجوع عليها ضرراً ومشقة وهو منتف شرعاً(١١٤٥٣).

٩٤٥٩ ـ إخراج المعتدة من بيت العدّة إذا أتت بفاحشة:

قال تعالى: ﴿لا تُخرجوهُنَّ مِنْ بيوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إلاّ أنْ يَأْتينَ بِفَاحشةٍ مُبيّنة﴾ فالآية الكريمة صريحة في جواز إخراج المعتدة من بيت العدّة إذا أتت بفاحشة لتقضي عدّتها في مكان آخر. ولكن ما المقصود بالفاحشة التي إذا أتتها جاز إخراجها؟

٩٤٦٠ ـ المقصود بالفاحشة المبيّنة:

جاء في «تفسير ابن كثير»: «والفاحشة المبينة تشمل الزنى كما قاله ابن مسعود وغيره.. وتشمل ما إذا نشزت المرأة أو بذت على أهل الرجل وآذتهم في الكلام والفعال كما قاله أُبيُّ بن كعب، وابن عباس، وعكرمة وغيرهم»(١١٤٥٤).

وذكر أبو بكر الجصاص ما قيل في معاني الفاحشة المبينة التي تجيز إخراج المعتدة من بيت العدَّة، مثل الزنى والبذاءة على الزوج أو على أهله، قال ـ رحمه الله تعالى ـ: «وما ذكرنا من التأويل المراد ـ أي للفاحشة المبينة ـ يدل على جواز انتقالها للعذر؛ لأنه تعالى قد أباح لها الخروج للأعذار التي وصفنا»(١١٤٥٥).

وفي «تفسير المعاني» للآلوسي: «والفاحشة: الزنى، على ما روي عن قتادة، والحسن،

(١١٤٥٣) «المغني» ج٧، ص٥٣٢، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٥.

(١١٤٥٤) «تفسير ابن كثير» ج٤، ص٣٧٨.

(١١٤٥٥) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٤٥٤.

والشعبي، وزيد بن أسلم، وغيرهم وبه أخذ أبو يوسف. والمعنى: لا تخرجوهن إلا أن يزنين فأخرجوهن لإقامة الحدّ عليهنّ. والفاحشة: البذاء على الأحماء أو على الزوج، والاستثناء راجع إلى الأول أي ﴿لا تُخرجوهُنَّ﴾ إلا إذا طالت ألسنتهن وتكلمن بالكلام الفاحش القبيح على أزواجهن أو أحمائهن»[١١٤٥٦].

٩٤٦١ - خروج المعتدة للعذر المشروع:

ويجوز أن تخرج المعتدة من بيت العدّة إما على وجه الانتقال منه إلى بيت آخر لتقضي فيه العدّة أو بقيتها، وإما لعذر مشروع كقضاء حوائجها ثم تعود إلى بيت العدّة، ونذكر فيما يأتي ما جاء في السنة النبوية من أعذار الخروج من بيت العدّة إما على وجه الانتقال منه إلى غيره، وإما على وجه الخروج ثم الرجوع إليه لعذر.

٩٤٦٢ - أولاً: ما جاء في السنة النبوية من أعذار الخروج أو الانتقال من بيت العدّة إلى غيره:

أ : من صحيح مسلم في الانتقال من بيت العدّة:

أخرج الإمام مسلم في «صحيحه» في قصة طلاق فاطمة بنت قيس، أنها «جاءت رسول الله ﷺ تستفتيه في خروجها من بيتها، فأمرها أن تنتقل إلى ابن أم مكتوم الأعمى..»، وفي رواية أخرى «فاستأذنته في الانتقال، فأذن لها»، قال الإمام النووي في تعليقه على هذا الحديث: «هذا محمول على أنه أذن لها في الانتقال لعذر، وهو البذاءة على أحمائها، أو خوفها أن يقتحم عليها أو نحو ذلك، وأما لغير حاجة، فلا يجوز لها الخروج والانتقال ولا يجوز نقلها، قال الله تعالى: ﴿لَا تُخرجوهنَّ من بيوتهنَّ ولاَ يَخرجنَ﴾[١١٤٥٧]. والصحيح أنها كانت في مكان وحش فأذن لها بالنقلة وليس لبذاءتها على أحمائها؛ فقد كانت من فضليات نساء الصحابة.

٩٤٦٣ - ب : من صحيح البخاري:

وفي صحيح البخاري في قصة فاطمة بنت قيس وانتقالها من بيت العدّة إلى غيره. روى البخاري - رحمه الله - عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «إن فاطمة كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها، فلذلك أرخص لها النبي ﷺ»[١١٤٥٨] أي: أرخص لها بالانتقال من بيتها إلى غيره، وكان البيت المنتقلة إليه لقضاء عدّتها هو بيت ابن أم مكتوم وكان أعمى، كما جاء

(١١٤٥٦) «تفسير الآلوسي» ج٢٨، ص١٣٣-١٣٤.

(١١٤٥٧) «صحيح مسلم بشرح النووي»، ج١٠، ص١٠١-١٠٣.

(١١٤٥٨) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٧٧.

هذا في حديث الإمام مسلم الذي ذكرناه في الفقرة السابقة.

٩٤٦٤ ـ جـ : من صحيح مسلم في خروج المعتدّة للحاجة:

أخرج الإمام مسلم في صحيحه عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبدالله يقول: «طلّقت خالتي، فأرادت أن تجذَّ نَخْلَها فزجرها رجل أن تخرج، فأتت النبي ﷺ فقال: بلى. فجذّي نخلك فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفاً»، قال الإمام النووي في شرحه وتعليقه على هذا الحديث: «هذا الحديث دليل لخروج المعتدة البائن للحاجة. ومذهب مالك والثوري والليث والشافعي وأحمد وآخرين جواز خروجها في النهار للحاجة، وكذلك عند هؤلاء يجوز لها الخروج في عدّة الوفاة»(١١٤٥٩).

٩٤٦٥ ـ د : من سنن البيهقي في خروج المعتدة للحاجة:

أخرج الإمام البيهقي في «السنن الكبرى» عن مجاهد قال: «استشهد رجال يوم أحد، فقامت نساؤهم ـ وكن متجاورات في دار ـ فجئن النبي ﷺ، فقلن: يا رسول الله، إنا نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا، فإذا أصبحنا تبددنا إلى بيوتنا؟ فقال النبي ﷺ: تحدثن عند إحداكن ما بدا لكنَّ فإذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة منكن إلى بيتها»(١١٤٦٠). ويفهم من هذا الحديث أن العذر لخروج المعتدة من بيتها غير مقصور على الأعذار المادية مثل قضاء الحوائج المادية، وإنما يشمل الأعذار النفسية كالاستيحاش من الوحدة إذا كانت المعتدة وحيدة في بيت عدّتها، كما هو ظاهر من خبر أولئك النسوة. ويبدو أنه لم يكن هناك خوف عليهن إذا رجعن إلى بيوتهن؛ لأنهنّ كنَّ متجاورات كما جاء في الحديث.

٩٤٦٦ ـ ثانياً: من أقوال المفسرين في خروج المعتدة للعذر المشروع:

قال الإمام الرازي بصدد تفسير قوله تعالى: ﴿لَا تُخرجوهنَّ مِنْ بيوتِهنَّ وَلَا يَخرجنَ﴾، قال ـ رحمه الله تعالى ـ: «فلم يكن لها الخروج وإن رضي الزوج، ولا إخراجها وإن رضيت إلا عن ضرورة، مثل انهدام المنزل، وإخراج غاصب إياها، أو نقلة من دار بكراء قد انقضت إجارتها، أو خوف فتنة أو سيل أو حريق أو غير ذلك من طرق الخوف على النفس، فإذا انقضى ما خرجت له رجعت إلى موضعها حيث كان(١١٤٦١).

(١١٤٥٩) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١٠٨.

(١١٤٦٠) «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص١٣٦.

(١١٤٦١) «تفسير الرازي» ج٣٠، ص٣٢.

٩٤٦٧ ـ ثالثاً: من أقوال الفقهاء في أعذار خروج المعتدة أو انتقالها:

أ : من «سبل السلام»:

جاء في «سبل السلام»: «وقد ذهب إلى هذا طائفة من العلماء وقالوا: يجوز الخروج ـ أي للمعتدة من طلاق بائن ـ للحاجة والعذر ليلاً ونهاراً كالخوف، وخشية انهدام المنزل. ويجوز إخراجها إذا تأذّت بالجيران أو تأذّوا بها أذى شديداً..»[١١٤٦٢].

٩٤٦٨ ـ من أقوال الحنفية:

جاء في «البدائع»: «وأما في حالة الضرورة فإن اضطرت إلى الخروج من بيتها بأن خافت سقوط منزلها أو خافت على متاعها أو كان المنزل بأجرة ولا تجد ما تؤديه في أجرته في عدّة الوفاة فلا بأس عندئذٍ أن تنتقل»[١١٤٦٣]. وهذا كما يبدو في انتقالها من بيت العدّة إلى غيره للضرورة، أما خروجها لقضاء حوائجها ثم رجوعها إلى بيتها، فقد جاء بشأنه في «الهداية» قولها: «ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها. أما المطلقة ـ أي دليل منعها من الخروج ـ فلقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ..﴾، وأما المتوفّى عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها، فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل، وليس كذلك المطلقة؛ لأن النفقة دارّةٌ عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدّتها، قيل: إنها تخرج نهاراً، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقّها فلا يبطل به حق عليها»[١١٤٦٤]. وفي «البدائع»: «وأما المتوفّى عنها زوجها فلا تخرج ليلاً ولا بأس بأن تخرج نهاراً في حوائجها؛ لأنها تحتاج إلى الخروج بالنهار للاكتساب لنفقتها، لأنها لا نفقة لها من مال الزوج المتوفّى، بل نفقتها عليها، ولا تخرج بالليل لعدم الحاجة إلى الخروج بالليل، بخلاف المطلقة فإن نفقتها على زوجها فلا تحتاج إلى الخروج»[١١٤٦٥].

٩٤٦٩ ـ جـ : من أقوال الشافعية:

جاء في «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية: «ولها الخروج في عدّة وفاة، وكذا بائن مفسوخ نكاحها. وضابطه: كل معتدة لم تجب نفقتها وفقدت من يقضي حاجتها، لها الخروج في النهار

(١١٤٦٢) «سبل السلام شرح بلوغ المرام» ج٣، ص٢٧٣ـ٢٧٤.

(١١٤٦٣) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥.

(١١٤٦٤) «الهداية» ج٣، ص٢٩٦ـ٢٩٧.

(١١٤٦٥) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥.

لشراء طعام وبيع وشراء غزل ونحوه لحاجتها لذلك؛ لما رواه الإمام مسلم عن جابر قال: «طلّقت خالتي فأرادت أن تجذّ ـ تقطع ـ نخلها فزجرها رجل أن تخرج، فأتت النبي ﷺ فقال: جذّي، عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفاً»، وقال الشافعي: ونخيل الأنصار قريب من منازلهم، والجذاذ لا يكون إلا نهاراً، وقد ورد ذلك في المطلقة بائناً ويقاس بها المتوفى عنها زوجها. ولو كان للبائن من يقضي حوائجها لم تخرج إلا لضرورة ويجوز الخروج ليلاً لمن احتاجت إليه ولم يمكنها نهاراً. وكذا لها الخروج ليلاً إلى دار جارة لغزل وحديث ونحوهما للتأنس، بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها، وشرطُ الخروج مطلقاً: أمْنُها.

وتنتقل من المسكن ـ أي بيت العدّة ـ لخوف من هدم، أو غرق على مالها وإن قلّ، أو على نفسها من فُسّاقٍ لجوارها، فقد أرخص النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس في الانتقال حيث كانت في مكان مخيف. أو تأذّت بالجيران أو تأذّت هم بها أذى شديداً لا يحتمل للحاجة إلى ذلك»[11466].

٩٤٧٠ ـ من أقوال الحنابلة:

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا تخرج المعتدة عدّة الوفاة من مسكن وجبت فيه العدّة، ليلاً ولو لحاجة؛ لما روى مجاهد أن النبي ﷺ قال: «تحدثن عند إحداكن ـ وكنّ معتدات عدّة وفاة ـ حتى إذا أردْتُنَّ النوم فلتأتِ كل واحدة إلى بيتها». ولأن الليل مظنة الفساد، بل تخرج ليلاً للضرورة كانهدام المنزل. ولها الخروج نهاراً لحوائجها من بيع وشراء ونحوهما، فلا تخرج لغير حاجة. وتخرج لحاجتها ولو وجدت من يقضيها لها لا لحوائج غيرها، وليس لها المبيت في غير بيتها لخبر مجاهد الذي ذكرناه»[11467].

وقالوا عن المعتدة لطلاق بائن: تعتد حيث شاءت من بلدها في مكان مأمون ولا تبيت إلا في منزلها، أي المكان المأمون الذي اختارته[11468]. ومعنى ذلك أنّ لها أنْ تخرج نهاراً لقضاء حوائجها كما هو الشأن بالنسبة لمعتدة الوفاة.

٩٤٧١ ـ هـ: عند المالكية:

وعندهم: للمعتدة الخروج نهاراً في حوائجها الضرورية كتحصيل قوت أو ماء ونحوهما،

(١١٤٦٦) «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٤٧ـ١٤٨.

(١١٤٦٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣ـ٢٧٤، وخبر مجاهد ذكرناه في الفقرة ١٧٢١.

(١١٤٦٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٦.

ولكن لا تخرج لزيارة ولا تجارة ولا تهنئة ولا تعزية ولا تبيت إلا في بيتها(١١٤٦٩).

٩٤٧٢ ـ عند الجعفرية:

قالوا: لا يجوز لمن طلّق زوجته رجعياً أن يخرجها من بيته إلا أن تأتي بفاحشة وهي أن تفعل ما يجب به الحدّ فتخرج لاقامته عليها. وأدنى ما تخرج له أن تؤذي أهله.

ويحرم عليها الخروج ما لم تضطر، ولو اضطرت إلى الخروج خرجت بعد منتصف الليل وعادت قبل الفجر. وتخرج في العدّة البائنة أين شاءت(١١٤٧٠).

٩٤٧٣ ـ القول الراجح:

والراجح هو أن يقال: إن القاعدة في المعتدة أنها لا تخرج من بيت العدّة إلا لضرورة وعذر مشروع، وبشرط أن يكون خروجها بأمن وسلامة على نفسها وعرضها، ولو كان خروجها لضرورة الاكتساب أو قضاء حاجتها إذا لم يوجد من يقضيها لها، وأن يكون هذا الخروج في أسلم وقت لها، فلا تخرج بعد منتصف الليل وتعود قبل الفجر كما قال الجعفرية في اختيارهم للوقت الذي تخرج فيه؛ لأنه ليس بوقت قضاء حوائجها ونحوها.

٩٤٧٤ ـ المعتدّة إذا كانت موظفة:

وإذا كانت المعتدة موظفة في دوائر الدولة، فهل يجوز لها الخروج من بيتها لوظيفتها؟

والجواب: أنها إذا كانت معتدة لوفاة زوجها جاز لها الخروج، فقد ذكرنا أقوال الفقهاء في جواز خروجها نهاراً لكسب معيشتها لأن نفقتها عليها. أما إذا كانت معتدة لطلاق بائن فلها الخروج باعتبار أن وظيفتها وسيلة رزقها واكتسابها، وقد ذكرنا قول الشافعية في تجويز خروج المعتدة من طلاق بائن.

وأما المعتدة من طلاق رجعي، فهي ما دامت في عدّتها فهي بحكم الزوجة، وللزوج أن يأذن لزوجته بالخروج للاكتساب، ولكن كونها في العدة فإذْنُ الزوج لها بالخروج لا يعطيها الجواز في الخروج؛ لأن في العدّة حق الله وحق الزوج، وإذا أبطل الزوج حقه في العدّة، فلا يبطل بذلك حق الله في قرارها في بيت العدّة. ولهذا على هذه المعتدّة أن تستحصل إجازة من دائرتها مدّة عدّتها ولو بدون راتب، فإن تعذر عليها ذلك، وتيقنت أنها إذا لم تباشر أعمال وظيفتها وتغيبت عنها ستفصلها دائرتها من وظيفتها ولم يكن لها مورد رزق آخر، ففي هذه الحالة تكون

(١١٤٦٩) «الشرح الصغير» للدردير ج١، ص٥٠٣، «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي، ص٢٦٤.

(١١٤٧٠) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٤٣.

في حالة ضرورة، والضرورة تبيح المحظورات.

٩٤٧٥ ـ المعتدة إذا كان عملها ليلاً:

وإذا كانت المعتدّة تشتغل ليلاً، لأن طبيعة عملها تقتضي ذلك، كما لو كانت عاملة أو موظفة في دائرة الهواتف، ونوبتها فيها ليلاً، أو كانت مرضعةً طفلاً عند أهله ليلاً، فهل يجوز لها الخروج للعمل ليلاً؟ والجواب: صرّح الشافعية بجواز خروج المطلقة بائناً ليلاً للعمل إن لم يمكنها ذلك نهاراً[١١٤٧١].

وعلى هذا القول يجوز لها أن تشتغل ليلاً إن كان عملها يكون في الليل، كما مثّلنا بعاملة الهواتف والمرضعة. أما المعتدة عدّة وفاة فيجوز لها؛ ذلك لأن نفقتها عليها فتحتاج إلى الاشتغال للتكسب. وأما المعتدّة من طلاق رجعي، فما قلناه عن الموظفة المعتدة من طلاق رجعي من جهة اشتغالها بوظيفتها نقوله هنا بالنسبة لاشتغالها ليلاً إذا اقتضى ذلك طبيعة عملها.

٩٤٧٦ ـ إذن الزوج للمعتدّة بالخروج بدون عذر شرعي:

وإذا أذن الزوج للمعتدة بالخروج دون وجود العذر الشرعي المبيح لها الخروج، لم يكن لهذا الإذن أثر في إباحة الخروج لها؛ لأن في العدّة حق الله، وحقه تعالى أن تقر في بيت العدّة مدّة العدّة فلا يملك الزوج ولا المعتدة، ولا يملك الاثنان باتفاقهما ورضاهما إسقاط حق الله بإذن الزوج لها بالخروج ورضاها هي بالخروج، وبهذا صرَّح الفقهاء، ونذكر بعض أقوالهم:

٩٤٧٧ ـ من أقوال الحنفية:

جاء في «البدائع»: «لا يباح لها ـ أي المعتدة ـ الخروج وإن أذن لها زوجها أي مطلقها بالخروج، بخلاف ما قبل الطلاق؛ لأن حرمة الخروج بعد الطلاق لمكان العدّة، وفي العدّة حق الله تعالى ـ وهو عدم خروجها من بيت العدّة ـ فلا يملك إبطاله»[١١٤٧٢].

٩٤٧٨ ـ من أقوال الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج»: «وليس للزوج وغيره إخراجها ولا لها الخروج منه وإن رضي به الزوج إلا لعذر؛ لأن في العدّة حق الله تعالى والحق الذي لله تعالى لا يسقط بالتراضي بينهما»[١١٤٧٣].

(١١٤٧١) الفقرة ١٧٢٥.

(١١٤٧٢) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥.

(١١٤٧٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٢.

٩٤٧٩ ـ من أقوال الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع»: «ولو اتفق الوارث والمرأة على نقلها لم يجز لأن السكن هنا حق الله تعالى بخلاف سكن النكاح»[١١٤٧٤].

(١١٤٧٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣.

المبحث الرابع

الإحداد في العدّة

٩٤٨٠ ـ تمهيد ومنهج البحث:

يلزم المعتدّة في عدّتها ما يعرف بـ (الإحداد) فلا بد من بيان معناه ودليل وجوبه والحكمة من تشريعه، وهل يلزم هذا الواجب جميع المعتدات، وبماذا يتحقق الإحداد. وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الإحداد وبيان حكمه وحكمته.

المطلب الثاني: على من يجب الإحداد.

المطلب الثالث: ما يتحقق به الإحداد.

المطلب الرابع: مدّة الإحداد.

المطلب الأول

تعريف الإحداد وبيان حكمه وحكمته

٩٤٨١ ـ تعريفه في اللغة:

الإحداد أو الحداد: تَرْكُ المرأة الزينة والطيب. والحاد من النساء والمُحدُّ هي: التي تترك الزينة والطيب بعد زوجها للعدّة. ويقال: حدّت المرأة تحد حداً وحداداً. وأحدت المرأة تحد إحداداً(١١٤٧٥).

٩٤٨٢ ـ الإحداد في الاصطلاح الشرعي:

أ: جاء في «الدّر المختار» في فقه الحنفية: «وهو ـ أي الإحداد ـ شرعاً ترك الزينة ونحوها لمعتدة بائن أو موت(١١٤٧٦).

ب: وقال الإمام النووي: «وأما الإحداد في الشرع فهو ترك الطيب والزينة»(١١٤٧٧).

جـ: وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «الإحداد أن تمنع المرأة نفسها مما كانت تتهيأ لزوجها من تطيُّب وتزيين»(١١٤٧٨).

٩٤٨٣ ـ العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للإحداد:

ومن بيان تعريف الإحداد في اللغة وفي الاصطلاح أن معناه واحد في اللغة، والاصطلاح وهو ترك المرأة الزينة والطيب. وهذا الترك مطلقاً يسمى في اللغة بالإحداد، فإن كان في العدّة تقوم به المعتدّة بحكم الشرع كواجب عليها من واجبات العدّة، كان هذا هو الإحداد في الاصطلاح الشرعي. فهو إذن ترك المعتدة الطيب والزينة باعتبار أن هذا الترك من أحكام العدّة.

(١١٤٧٥) «لسان العرب» ج٤، ص ١١٩.

(١١٤٧٦) «الدر المختار» ج٣، ص٥٣٠.

(١١٤٧٧) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١١١.

(١١٤٧٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧١.

٩٤٨٤ ـ حكم الإحداد:

نريد بحكم الإحداد مدى طلب الشرع له من جهة إيجاده أو تركه أو التخيير بين فعله وتركه، فحكمه بهذا المعنى الوجوب، فهو أي الإحداد، واجب على المعتدة، وقد ثبت وجوبه بالسُّنَّة والإجماع.

٩٤٨٥ ـ دليل وجوب الإحداد:

أولاً: من السنة النبوية:

أ: أخرج الإمام البخاري في صحيحه عن أم سلمة: «أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ: لا، مرتين أو ثلاثاً، كل ذلك يقول: لا. ثم قال رسول الله ﷺ: «إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول»[١١٤٧٩]. قال ابن رشد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد[١١٤٨٠].

ب: أخرج الإمامان الجليلان البخاري ومسلم في «صحيحيهما»: «عن أم حبيبة زوج رسول الله ﷺ قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا»[١١٤٨١].

قال الإمام النووي في هذا الحديث: فيه دليل على وجوب الإحداد على المعتدة من وفاة زوجها وهو مجمع عليه في الجملة وإن اختلفوا في تفصيله[١١٤٨٢].

وقال الإمام العسقلاني في شرحه لهذا الحديث: استدل به على وجوب الإحداد المدة المذكورة على الزوج[١١٤٨٣].

ثانياً: الإجماع:

وقد أجمع أهل العلم على وجوب الإحداد في العدّة على المعتدة إلا الحسن لم يقل

(١١٤٧٩) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٨٤. وقوله (رمي البعرة) قيل هو إشارة إلى أنها رمت بالعدّة رمي البعرة، وقيل في معناها غير هذا: «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٩.

(١١٤٨٠) «بداية المجتهد» ج٢، ص١٠٢.

(١١٤٨١) «صحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٤، «صحيح مسلم» ج١٠، ص١١١-١١٢.

(١١٤٨٢) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٠، ص١١٧.

(١١٤٨٣) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٥.

بالوجوب، وخالف بقوله السُّنّة فلا يعرج على قوله كما قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ[١١٤٨٤].

٩٤٨٦ ـ حكمة تشريع الإحداد:

أولاً: الإحداد في عدة الوفاة:

المعتدة إما أن تكون عدّتها لوفاة زوجها، وإما أن تكون عدّتها من طلاق ونحوه، فالإحداد في عدّة الوفاة، مظهر من مظاهر الوفاء لزوجها الميت الذي فقدته، وإظهاراً لحزنها على نعمة الزواج التي فاتتها بوفاة زوجها، قال ابن الأثير، يقال: أحدت المرأة على زوجها إذا حزنت عليه ولبست ثياب الحزن وتركت الزينة. وإنما يحزن الإنسان على فوات نعمة كان فيها، والزواج نعمة، لأن فيه تحصين المرأة وهو سبب إنجاب الذرية، وكل امرأة تتطلع لأن تكون زوجة ثم أماً.

٩٤٨٧ ـ ثانياً: الإحداد في عدّة الطلاق البائن:

وأما الإحداد في الطلاق البائن على ما ذهب إليه البعض كالحنفية، فحكمته أيضاً في إظهار الحزن بسبب ما فاتها من نعمة الزواج، وسواء كان سبب الفوات ـ الطلاق ونحوه ـ بسبب منها أو منه. وإن كان السبب منها ربما جعلها تحسن العشرة مع زوجها الجديد لإدامة نعمة الزواج. وأيضاً من حكمة إحداد المعتدة في الطلاق البائن ما أشار إليه بعض الفقهاء بقولهم: «والإحداد اجتناب ما يدعو إلى جماعها ويرغّب في النظر إليها»[١١٤٨٥]. وقولهم ما يدعو إلى جماعها ـ كما يبدو لي» جماع مطلِّقها لها، إذا قلنا بوجوب الإحداد عليها؛ لأنها تعتد في بيتها الذي طُلِّقت فيه، وزوجها الذي طلَّقها بائناً قد يعيش معها في دار واحدة، وإن كان هناك سترة بينهما، فكان في إحدادها ومنعها من التزين ما يبعد احتمال مطلقها منها.

٩٤٨٨ ـ ثالثاً: الإحداد وسيلة لحفظ النسب:

الإحداد يمنع المرأة من الزينة والطيب مما يقلل الرغبة فيها، وفي هذا التقليل زيادة احتياط في حفظ نسب حملها ومنع اختلاط المياه، وقد أشار إلى هذا المعنى الإمام الدهلوي ـ رحمه الله تعالى ـ بقوله: «لما وجب عليها ـ أي المتوفَّى عنها زوجها ـ أن تتربَّص أي تعتد ولا تنكح ولا تخطب في هذه المدة، أي مدة العدّة؛ حفظاً لنسب المتوفى عنها، اقتضى ذلك في حكمة

(١١٤٨٤) «المغني» ج٧، ص٥١٧، «بداية المجتهد»، ج٢، ص١٠١.

(١١٤٨٥) «المغني» ج٧، ص٥١٨، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٢.

السياسة أن تؤمر بترك الزينة؛ لأن الزينة تهيج الشهوة من الجانبين ـ النساء والرجال ـ وهيجانها في مثل هذه الحالة مفسدة عظيمة»[11486]، وكلام الدهلوي وإن كان بالنسبة لإحداد المتوفى عنها زوجها، إلا أن تعليله مقبول أيضاً بالنسبة لإحداد المعتدة من طلاق بائن عند القائلين بوجوب هذا الإحداد.

المطلب الثاني

على من يجب الإحداد

٩٤٨٩ ـ أولاً: يجب الإحداد في عدّة الوفاة:

قال ابن رشد: «أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدّة الوفاة، إلّا الحَسَن وحده، واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدّة الوفاة»[11487]. وهذا إذا كانت المتوفى عنها زوجها منكوحة بنكاح صحيح.

٩٤٩٠ ـ ثانياً: لا إحداد على المنكوحة نكاحاً فاسداً:

وإذا مات زوج المنكوحة نكاحاً فاسداً، أو جرى بينهما التفريق أو المتاركة، فلا إحداد عليها إذا وجبت عليها العدّة؛ لأنها ليست بزوجة على الحقيقة، ولأن النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين لأنه معصية ومن المحال إيجاب إظهار الحزن والمصيبة ـ عن طريق الإحداد ـ على فوات المعصية، بل الواجب إظهار السرور والفرح على فوات هذه المعصية: النكاح الفاسد[11488].

٩٤٩١ ـ ثالثاً: لا إحداد في عدّة الطلاق الرجعي:

ولا يجب الإحداد على المعتدة في عدّة الطلاق الرجعي؛ لأن الإحداد لإظهار الحزن على المصيبة التي حلت بالمرأة بفوات نعمة الزواج، والزواج في الطلاق الرجعي غير فائت بل هو قائم؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحلّ ما دامت الزوجة في عدّتها، وعلى هذا لا يجب عليها الإحداد في هذه العدّة، بل يستحب لها أن تتزين لتحسن في عين زوجها مما قد يحمله على مراجعتها فيبقى النكاح[11489].

(١١٤٨٦) «حجة الله البالغة» للدهلوي، ج٢، ص٧٢٣.

(١١٤٨٧) «بداية المجتهد» ج٢، ص١٠١.

(١١٤٨٨) «البدائع» ج٣، ص٢٠٩، «المغني» ج٧، ص٥١٨، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٢.

(١١٤٨٩) «المغني» ج٧، ص٥١٨، «البدائع» ج٣، ص٢٠٩.

٩٤٩٢ ـ رابعاً: الإحداد في عدّة الطلاق البائن:

وإذا وجبت العدّة في الطلاق البائن كأن طلّقها بعد الدخول ثلاثاً فهل يجب عليها الإحداد في عدّتها أم لا؟ قولان للفقهاء في هذه المسألة نذكرهما فيما يلي[١١٤٩٠]:

٩٤٩٣ ـ القول الأول: لا يجب عليها الإحداد:

فلا يجب الإحداد على معتدة الطلاق البائن وهذا قول عطاء، وربيعة ومالك، وابن المنذر، والشافعية، والظاهرية، والجعفرية، وإحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل وهي التي اعتمدها فقهاء الحنابلة المتأخرون، فقالوا: يباح، ولا يجب الإحداد على المعتدّة من طلاق بائن.

٩٤٩٤ ـ القول الثاني: يجب عليها الإحداد:

يجب الإحداد على معتدة الطلاق البائن، وهذا قول سعيد بن المسيب، وأبي عبيد، وأبي ثور، والرواية الثانية عن الإمام أحمد، وهو قول قديم للإمام الشافعي.

٩٤٩٥ ـ أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم وجوب الإحداد على معتدة الطلاق البائن بجمله أدلة منها:

أولاً: إن الإحداد وجب على المعتدّة في عدّة الوفاة لحق الزوج تأسُّفاً على ما فاتها من حسن العشرة وإدامة الصحبة إلى وقت الموت، وهذا المعنى لا يوجد في المطلقة بائناً، لأن الزوج أوحشها بالفرقة وقطع صلة النكاح باختياره ولم يمت عنها، فلا يلزمها التأسف عليه ولا معنى لتكليفها الحزن عليه[١١٤٩١].

ثانياً: إن المتوفى عنها زوجها لو أتت بولد فإنه يلحق بالزوج المتوفى وليس له من ينفيه، فكان من الاحتياط المعقول إيجاب الإحداد عليها لئلا يلحق بالميت من ليس منه. وهذا بخلاف المطلقة بائناً فإن زوجها باق على قيد الحياة، فهو يحتاط عليها بنفسه وينفي ولدها إذا كان من غيره[١١٤٩٢].

(١١٤٩٠) «المغني» ج٧، ص٥٢٧ـ٥٢٨، «كشاف القناع» ج٣، ص٢٧١ـ٢٧٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٨ـ٣٩٩، «البدائع» ج٣، ص٢٠٩، «المحلى» ج١٠، ص٢٧٥، ٢٨٠، «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٦٣، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٠١، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٨.

(١١٤٩١) «البدائع» ج٣، ص٢٠٩، «المغني» ج٧، ص٥٣٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٨.

(١١٤٩٢) «المغني» ج٧، ص٥٣٨.

ثالثاً: ويبدو لي أن من الممكن الاحتجاج لأصحاب هذا القول بأن يقال إن الأحاديث الشريفة الواردة في الإحداد كلّها وردت في المعتدات عدّة الوفاة، وهذا بدليل الخطاب أن الإحداد لا يجب إلى على المعتدة عدّة وفاة، ولا يجب على غيرها من المعتدات.

٩٤٩٦ ـ أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بوجوب الإحداد على معتدة الطلاق البائن بجملة أدلة منها ما يأتي:

أولاً: إن الإحداد إنما وجب على المعتدّة لوفاة زوجها؛ لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدنيا خاصة في حقها؛ لما فيه من قضاء شهوتها، وعفتها عن الحرام، وصيانة نفسها عن الهلاك، بإيجاب النفقة لها على زوجها، وقد انقطع ذلك كلّه بالموت ولزمها الإحداد إظهاراً للمصيبة والحزن، وقد وجد هذا المعنى في المطلقة ثلاثاً والبائن، فيلزمها الإحداد[١١٤٩٣].

ثانياً: إن العدّة تحرّم نكاح المعتدة فتحرم دواعيه وهي الزينة التي يمنعها الإحداد[١١٤٩٤].

ثالثاً: من مقاصد الإحداد أن لا يتطلع إلى المعتدّة الرجال ولا تتطلع هي إلى الرجال، وهذا المقصود يجب أن يراعى في معتدة الطلاق البائن، كما روعي في عدّة الوفاة؛ سداً لذريعة الفساد وحفظاً للأنساب[١١٤٩٥].

رابعاً: القول بأن الإحداد وجب لحق الزوج لا يستقيم؛ لأنه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما في موت الأب[١١٤٩٦].

٩٤٩٧ ـ القول الراجح:

والراجح أن الإحداد يجب على معتدة الوفاة فقط؛ لأن الأحاديث الشريفة بالإحداد وردت بحق المعتدات لوفات أزواجهن فلا وجه لإلحاق المعتدات للطلاق البائن بالمعتدات للوفاة في وجوب الإحداد، ولكن يمكن أن يقال إن الأوْلى في حق المعتدة لطلاق بائن الإحداد لما فاتها من نعمة النكاح، ولأن هذا الإحداد قد يحملها على الابتعاد عما أدى إلى طلاقها فيما إذا تزوجت مرّة أخرى.

٩٤٩٨ ـ شروط وجوب الإحداد:

تبين لنا مما تقدم أن الإحداد يجب على المعتدة لوفاة زوجها في النكاح الصحيح، وهذا

(١١٤٩٣) «البدائع» ج٩، ص٢٠٩.

(١١٤٩٤) «المغني» ج٧، ص٥٢٨.

(١١٤٩٥) «بداية المجتهد» ج٢، ص١٠٣.

(١١٤٩٦) «البدائع» ج٣، ص٢١٩.

لا خلاف فيه، وأن معتـدة الطلاق البائن لا يلزمها الإحداد عند الجمهور، ويجب عليها عند الحنفية ومن وافقهم. إلّا أن القائلين بوجوب الإحداد سواء منهم الجمهور أو الحنفية، يختلفون في بعض ما يشترط من شروط في المعتدة لوفاة أو طلاق لوجوب الإحداد عليها، ونوجز القول في ذلك بالآتي:

٩٤٩٩ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قال الأحناف في شرائط وجوب الإحداد: أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة، فلا يجب الإحداد على الصغيرة والمجنونة الكبيرة وغير المسلمة؛ لأن الإحداد عبادة بدنية فلا تجب على من ليس أهلاً للتكليف كالصغيرة والمجنونة والكافرة، كسائر العبادات التي لا تجب على هؤلاء لرفع التكليف عنهم، عن الصغيرة والمجنونة لعدم العقل، وعن الكافرة لأن الكفار غير مخاطبين بالفروع كالعبادات، وهذا بخلاف العدّة، فإنها تجب على هؤلاء، لأن العدّة اسم لمعنى الزمان وهذا لا يختلف باختلاف الإسلام والكفر والصغر والكبر والجنون والعقل[١١٤٩٧].

٩٥٠٠ ـ ثانياً: مذهب الجمهور[١١٤٩٨]:

وذهب الجمهور إلى وجوب الإحداد على المتوفى زوجها دون اشتراط ما اشترطه الحنفية من شروط، وعلى هذا فيجب الاحتداد عند الجمهور على الزوجة المتوفى عنها زوجها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة، مسلمة أو كافرة، واستدلوا بما يأتي:

٩٥٠١ ـ أدلة الجمهور:

أ ـ عموم الأحاديث التي توجب الإحداد، فهي لا تفرق بين الحرّة والأمَة، ولا بين المسلمة والكافرة، ولا بين الكبيرة والصغيرة، ولأن غير المكلفة كالصغيرة تساوي المكلفة في اجتناب المحـرمـات كالخمـر والزنى، وإنما يفترقان في الإثم فكذلك في الإحداد، ولأن حقوق غير المسلمة (الذمية) في النكاح كحقوق المسلمة، فكذلك فيما عليها[١١٤٩٩].

واحتج ابن حزم في وجوب الإحداد على الذمية بقوله تعالى: ﴿وأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ

(١١٤٩٧) «البدائع» ج٣، ص٢٠٩.

(١١٤٩٨) «المغني» ج٧، ص٥١٧، «المحلى» ج١٠، ص٢٧٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٨، «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي، ص٢٦٣، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٣٨.

(١١٤٩٩) «المغني» ج٧، ص٥١٧.

الله﴾ فواجب أن نحكم عليهم بحكم الإسلام(11500)، ومن حكم الإسلام وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها.

٩٥٠٢ ـ ب : ومن أدلة الجمهور أنَّ غير المكلفة ـ الصغيرة والمجنونة ـ يجنِّبها وليها ما يجب على المعتدة المكلفة تجنبه، أي أن ولي الصغيرة أو المجنونة هو المخاطب شرعاً بمنعها مما تمتنع منه المعتدة في إحدادها(11501).

٩٥٠٣ ـ جـ : العـدّة تجب على الصغيرة كما تجب على البالغة، والإحداد يجب على المعتدة البالغة فكذلك يجب الإحداد على الصغيرة في عدّتها(11502).

٩٥٠٤ ـ د : وفي حديث أم سلمة الذي أخرجه البخاري وفيه: «أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها، أفتكتحلها؟ فقال رسول الله ﷺ: لا، لا إنما هي أربعة أشهر وعشر» قال ابن حزم محتجاً بهذا الحديث الشريف: فلم يخص عليه الصلاة والسلام كبيرة من صغيرة ولا عاقلة من مجنونة، ولا خاطبها بل خاطب غيرها فيها، فهذا عموم زائد على ما في القرآن»(11503).

٩٥٠٥ ـ هـ : وفي الحديث الشريف: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ فوق ثلاث ليال إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً» فالتقييد بـ (المرأة) وبـ (الإيمان بالله واليوم الآخر) في هذا الحديث الشريف لا يخرج (الصغيرة) ولا (الكافرة) من وجوب الإحداد إذا وجبت عليهما عدّة الوفاة؛ لأن التصريح بـ (المرأة) خرج مخرج الغالب، وكذلك التقييد (بإيمان المرأة) جرى على الغالب، لأن غيرها ممن لها أمان وهي الذمية الكافرة يلزمها الإحداد(11504).

٩٥٠٦ ـ القول الراجح :

والراجح وجوب الإحداد على المعتدة أثناء عدّتها سواء كانت صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، مسلمة أو كافرة؛ لما استدل به الجمهور. ولأن في وجوب الإحداد معنى معقولاً هو منع تشوف الرجال إلى المعتدة ومنع المعتدة من التشوف إلى الرجال، وهذا المعنى تستوي فيه

(11500) «المحلى» ج١٠، ص٢٧٧.

(11501) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٨.

(11502) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٥.

(11503) «المحلى» ج١٠، ص٢٧٥.

(11504) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٨.

المسلمة والكافرة. وكذلك مراعاة تشوف الرجال إلى المعتدة دون تشوفها إليهم يوجب إيجاب الإحداد على الصغيرة[11505].

المطلب الثالث

ما يتحقق به الإحداد

٩٥٠٧ ـ تمهيد ومنهج البحث:

قال الإمام الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ: «وهو ـ أي الإحداد ـ أن تجتنب الطيب ولبس المطيب، والمعصفر، والمزعفر، وتجتنب الدهن، والكحل، ولا تختضب، ولا تمتشط، ولا تلبس حلية»[11506]، ويمكن أن نجمع ما يتحقق به الإحداد في ضوء ما قاله الإمام الكاساني، بشيئين:

الأول: اجتناب الطيب وما يتعلق به.

الثاني: اجتناب الزينة، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: اجتناب الطيب:

الفرع الثاني: اجتناب الزينة.

الفرع الأول

اجتناب الطيب

٩٥٠٨ ـ معنى الطيب ودليل تحريمه في الإحداد:

الطيب كل ما يتطيب به من عطر ونحوه[11507]، وضابط الطيب المحرم على الحادة مدة إحدادها: كل ما حرّم على المحرم في الحج من طيب يحرم على الحادّة استعماله والتطيب به، وهذا ما قاله الشافعية[11508].

٩٥٠٩ ـ ولا خلاف في تحريمه على الحادة وضرورة اجتنابها له، لورود السنة النبوية الشريفة بذلك[11509]. فقد جاء في الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري عن زينب بنة أبي سلمة قالت: «دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها (أبو سفيان بن حرب) فدعت

(١١٥٠٥) «بداية المجتهد» ج٢، ص١٠٢.

(١١٥٠٦) «البدائع» ج٣، ص٢٠٨.

(١١٥٠٧) «المعجم الوسيط» ج٢، ص٥٧٩.

(١١٥٠٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٠.

(١١٥٠٩) «المغني» ج٧، ص٥٤٨.

أم حبيب بطيب فيه صفرة ـ خلوق أو غيره ـ فدهنت منه جارية ثم مست بعارضيها ثم قالت: والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحدَّ على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[11510].

٩٥١٠ ـ ما يأخذ حكم الطِّيب في التحريم:

وروى الإمام البخاري أيضاً عن أم عطية قالت: كنا نُنهى أن نُحِدَّ على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ولا نكتحل ولا نطيب ولا نلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب، وقد رخص لنا عند الطهر إذا اغتسلت إحدانا من محيضها في نبذة من كست أظفار»[11511].

٩٥١١ ـ الامتشاط بالطيب محظور:

ولا يحل للحادة الامتشاط بالطيب، ففي حديث أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي عن أم سلمة وفيه قول النبي ﷺ: «ولا تمتشطي بالطيب»[11512].

٩٥١٢ ـ أقوال الفقهاء في الطيب المحظور وما يأخذ حكمه:

أولاً: قال الحنابلة: ولا يجوز استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه؛ لأنه استعمال للطيب. فأما الادِّهان بغير الطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به، لأنه ليس بطيب»[11513].

ثانياً: وقال المالكية: لا يجوز للحادّة استعمال الطيب وعمله؛ لأنه بعمله يتعلق بها[11514].

ثالثاً: وقال الشافعية: يحرم عليها استعمال طيب في بدن وثوب وفي طعام. وقالوا: وضابط الطيب المحرَّم عليها هو كل ما حرّم على المحرم في الحج[11515].

(١١٥١٠) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٤، و(عارض) العارض: جانب الوجه وصفحة الخد، وهما عارضان. والعارض صفحة الفتن: المعجم الوسيط، ج٢، ص٦٠٠.

(١١٥١١) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٩١، من كست أظفار: نوعان معروفان من البخور وليسا من مقصود الطيب ولكن رخص فيه للمغتسلة من الحيض لازالة الرائحة الكريهة، تتبع به الدم لا للتطييب. «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٩٢. .

(١١٥١٢) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٩٦.

(١١٥١٣) «المغني» ج٧، ص٥١٨.

(١١٥١٤) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٠٢. (١١٥١٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٠.

رابعاً: قال الظاهرية تجتنب الحادّة فرضاً الطيب كلّه، فلا تقربه حاشا شيئاً من قسط أو أظفار عند طهرها فقط[11516].

خامساً: وقال الحنفية: أن تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب الدهن. أما الطيب فلما روت أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال ﷺ: «الحنا طيب» فيدل على وجوب اجتناب الطيب، ولأن الطيب فوق الحناء، فالنهي عن الحنّاء يكون نهياً عن الطيب دلالة. وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران له رائحة طيبة فكان كالطيب[11517].

٩٥١٣ ـ مالا يدخل في معنى الطيب المحظور:

ولا تمنع الحادّة من التنظيف بتقليم الأظافر، ونتف الإبط، وحلق الشعر المندوب إلى حلقه، ولا من الاغتسال بالسدر، والامتشاط به، لأنه يراد للتنظيف لا للطيب[11518]. وقد أخرج النسائي في سننه أن النبي ﷺ قال لأم سلمة: «... ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء، فإنه خضاب. قلت: بأي شيء أمتشط يا رسول الله؟ قال: بالسدر تغلفين به رأسك»[11519].

الفرع الثاني

اجتناب الزينة

٩٥١٤ ـ اجتناب الزينة واجب في الإحداد:

اجتناب الزينة واجب على الحادّة ما دامت في مدّة الإحداد قال ابن قدامة الحنبلي: «اجتناب الزينة، وذلك واجب في قول عامة أهل العلم..»[11520].

٩٥١٥ ـ أقسام الزينة:

والزينة من جهة تحريمها أو حلّها للحادّة في إحدادها ثلاثة أقسام: الزينة في نفسها. وزينة الثياب. وزينة الحلي. ونتكلم فيما يلي عن كل قسم من هذه الأقسام:

(١١٥١٦) «المحلى» ج١٠، ص٢٧٦.

(١١٥١٧) «البدائع» ج٣، ص٢٠٨.

(١١٥١٨) «المغني» ج٧، ص٥١٩-٥٢٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠١، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٠٢.

(١١٥١٩) «سنن النسائي» ج٦، ص١٧٠.

(١١٥٢٠) «المغني» ج٧، ص٥١٨.

٩٥١٦ ـ القسم الأول من الزينة:

يحرم على الحادّة أن تختضب وأن تحمر وجهها أو أن تُبَيِّض وجهها بالأصباغ والأدهان التي تتزين بها النساء في وجوههن، أو أن تنقش وجهها ويديها، أو أن تحفف وجهها فتزيل ما قد يكون فيه من شعر وما أشبهه مما يحسنها ويحظر عليها الاكتحال بالإثمد من غير ضرورة، وذلك لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «المتوفَّى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشوق ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل»[11521]. وفي «صحيح البخاري»: عن أم سلمة قالت: «جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أَفَتُكَحِّلُها؟ فقال رسول الله ﷺ: لا، مرتين أو ثلاثاً، كل ذلك يقول: لا، ثم قال رسول الله ﷺ: إنما هي أربعة أشهر وعشر.. الخ»[11522].

٩٥١٧ ـ الاكتحال للضرورة يجوز:

وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالإثمد للتداوي، فيجوز لها أن تكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً. وقد رخص فيه للضرورة عطاء، والنخعي، ومالك، والأحناف، لما روت أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بالجلاء، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء، فقالت: «لا تكتحلي إلا لما لا بدّ منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتمسحيه بالنهار»[11523]. ووجه الجمع بين هذا الحديث وحديث البخاري الذي أخرجه عن أم سلمة وذكرناه في الفقرة السابقة وفيه المنع من الاكتحال ولو للعلاج كما قال ابن حجر العسقلاني: «ووجه الجمع أنها إذا لم تحتج إليه ـ أي إلى الاكتحال ـ لا يحل، وإذا احتاجت لم يجز بالنهار ويجوز بالليل مع أن الأولى تركه، فإن فعلته مسحته بالنهار»[11524].

٩٥١٨ ـ ابن حزم يمنع الاكتحال للحادة ولو للضرورة:

وقال ابن حزم ـ رحمه الله تعالى ـ: «وفرض على المعتدّة من الوفاة أن تجتنب الكحل كلّه لضرورة أو لغير ضرورة، ولو ذهبت عيناها لا ليلاً ولا نهاراً»[11525].

(١١٥٢١) «المغني» ج٧، ص٥١٨.

(١١٥٢٢) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٤.

(١١٥٢٣) المغني» ج٧، ص٥١٩، «البدائع» ج٣، ص٢٠٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٠، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٠٢. والحديث أخرجه أبو داود في سننه، ج٦، ص٤١٤، والنسائي في سننه، ج٦، ص١٧٠.

(١١٥٢٤) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٨.

(١١٥٢٥) «المحلى» ج١٠، ص٢٧٦.

٩٥١٩ ـ الرد على ابن حزم:

وقول ابن حزم ـ رحمه الله تعالى ـ ضعيف، ويرد عليه حديث أم سلمة الذي ذكرناه وأخرجه أبو داود والنسائي. وأيضاً فقد أخرج الإمام مالك في «الموطأ»: «أن رسول الله ﷺ دخل على أم سلمة وهي حادٌّ على أبي سلمة وقد جعلت على عينها صَبِراً «أي دواء مرٌّ» فقال: ما هذا يا أم سلمة؟ فقالت: إنما هو صبر يا رسول الله. قال اجعليه في الليل وامسحيه بالنهار»[١١٥٢٦]. وأيضاً فإن التداوي يشمله «الضرورات تبيح المحظورات».

٩٥٢٠ ـ القسم الثاني: زينة الثياب:

وهـذا القسم هو زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصنعة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر، وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافي والأخضر الصافي والأصفر فلا يجوز لبسه؛ لقول النبي ﷺ: «لا تلبسوا ثوباً مصبوغاً» وقوله ﷺ: «لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق» فأما مالا يقصد بصبغة حسنه كالكحلي والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع منه لأنه ليس بزينة. والمصبوغ بالعصب ـ والعصب نبت في اليمن تصبغ به الثياب ـ رخص النبي ﷺ للحادة في لبسه؛ لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين. ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة، وإن كان رقيقاً سواء كان من قطن أو كتان أو ابريسم، لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها[١١٥٢٧].

٩٥٢١ ـ مذهب المالكية في زينة الثياب:

وقال المالكية يترك الثوب المصبوغ مطلقاً فتمتنع عنه المعتدّة مدّة إحدادها؛ لما فيه من التزين إلا الأسود ما لم يكن زينة عند قوم، كما عند نساء مصر في القاهرة وبولاق، فإنهن يتزيَّنَّ في خروجهنّ بالحرير الأسود[١١٥٢٨].

٩٥٢٢ ـ مذهب الشافعية في زينة الثياب:

ووضـع الشـافعية قاعدة لما يجوز لبسه من الثياب المصبوغة للمعتدة في مدّة إحدادها، فقالوا: «ويباح مصبوغ لا يقصد لزينة كالأسود، وحاصل ذلك أن ما صُبغ لزينة يحرم، وما صبغ

(١١٥٢٦) «الموطأ» ج١، ص٦٠٠.

(١١٥٢٧) «المغني» ج٧، ص٥٢٠، وحديث لا تلبس المعصفر.. إلخ. رواه أبو داود في سننه، ج٦، ص٤١٣-٤١٤. والمعصفر هو المصبوغ باللعصفر، والممشق المصبوغ بالمشق وهو الطين الأحمر.

(١١٥٢٨) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٠٢.

لا لزينة لا يحرم؛ لانتفاء الزينة عنه. فإن تردد بين الزينة وغيرها كالأخضر والأزرق فإن كان براقاً صافي اللون حَرم؛ لأنه مستحسن يتزين به، وإن كان كدراً أو مشبعاً فلا يحرم؛ لأن المشبع من الأخضر والأزرق يقارب الأسود، والمشبع من الأزرق يقارب الكحلي(١١٥٢٩).

٩٥٢٣ ـ التزين بالفرش والبسط والستائر:

ويجوز للمعتدة في إحدادها تزيين بيتها بالفرش والبسط والستائر وأثاث البيت الأخرى؛ لأن الإحداد بترك الزينة إنما يكون في بدن المرأة وليس في فرش البيت وأثاثه؛ ولأنه غير منصوص عليه في الشرع بمنعها منه(١١٥٣٠).

٩٥٢٤ ـ حالات الضرورة مستثناة:

وإذا اضطرت المرأة في إحدادها إلى لبس ما هي منهية عن لبسه كما لم يكن عندها غير هذا الثوب المصبوغ، جاز لها لبسه؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة من الحظر، وقد أشار إلى ذلك الإمام الكاساني بقوله: «أو لم يكن لها ـ أي الحادة ـ إلا ثوب مصبوغ فلا بأس أن تلبسه، لكن لا تقصد به الزينة؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة»(١١٥٣١).

٩٥٢٥ ـ القسم الثالث من الزينة: الحلي:

والقسم الثالث من الزينة الحلّي، فيحرم عليها لبس الحلي كلّه حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم لقول النبي ﷺ: «ولا الحلي»، وقال عطاء: يباح لها حلي الفضة دون الذهب، قال ابن قدامة الحنبلي في ردّه على قول عطاء: ليس بصحيح لأن النهي عام ولأن الحلي يزيد حسنها(١١٥٣٢).

٩٥٢٦ ـ تفصيل الشافعية في الحلي للحادة:

وللشافعية تفصيل فيما يباح وما يحرم للحادّة من الحلي، فقد قالوا: يحرم عليها حلي ذهب وفضة سواء كان كبيراً كالخلخال والسوار أو صغيراً كالخاتم والقرط؛ لما روى أبو داود والنسائي بإسنادٍ حسن أن النبي ﷺ قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس الحلي ولا تكتحل ولا تختضب»،

(١١٥٢٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٩.

(١١٥٣٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣.

(١١٥٣١) «البدائع» ج٣، ص٢٠٨.

(١١٥٣٢) «المغني» ج٧، ص٥٢٠، وقوله ﷺ «ولا الحلي» جاء في حديث أخرجه أبو داود في «سننه» ج٦، ص٤١٣: عن أم سلمة عن النبي ﷺ قال: المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل» والممشق هو المصبوغ بالمشق.

وقالوا يجوز لها لبس الحلي لحاجة كالإحراز له بلا كراهة، وبكراهة من غير حاجة. وأما لبسه نهاراً، فحرام، إلا إن تعيَّن طريقاً لإحرازه ـ أي حفظه عن طريق لبسه ـ فيجوز للضرورة[11533].

٩٥٢٧ ـ ويجوز أيضاً عند الشافعية التحلي بغير الذهب والفضة كالنحاس والرصاص إلا إن تعوَّد قومها ـ قوم الحادَّة ـ التحلي بهما أو أشبها الذهب والفضة بحيث لا يعرفان إلا بالتأمل أو نوّها بهما فإنهما يحرمان. ويحرم عليها التزين باللؤلؤ في القول الأصح عند الشافعية لأن الزينة فيه ظاهرة قال تعالى: ﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ ولؤلؤاً﴾[11534].

٩٥٢٨ ـ مذهب الظاهرية في زينة الحلّي للحادة:

وعند الظاهرية يجوز للحادّة أن تلبس الحلّي بحجة أنه لم يرد في الشرع ما يحرم ذلك عليها، فقد قال ابن حزم الظاهري ـ رحمه الله تعالى ـ: «وفرض على المعتدة من الوفاة أن تجتنب الكحل.. ويباح لها أن تلبس المنسوج بالذهب والحلي كالذهب والفضة والجوهر والياقوت والزمرد وغير ذلك.. ثم قال ابن حزم ـ رحمه الله ـ: والخبر عن طريق إبراهيم بن طهمان: عن أم سلمة عن النبي ﷺ قال: «المتوفّى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي» قال ابن حزم: في هذا الخبر ذكر (الحلي) ولا يصح، لأن إبراهيم بن طهمان ضعيف ولو صحَّ لقلنا به»[11535].

٩٥٢٩ ـ الرد على ابن حزم:

قول ابن حزم في تضعيفه حديث إبراهيم بن طهمان الذي ورد فيه النهي عن لبس الحلي وبالتالي أجاز ابن حزم التحلي للحادّة، يرد على قوله هذا بأن هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي كما جاء في «نيل الأوطار» للشوكاني ولم يعقِّب عليه بالتضعيف[11536].

وقال الإمام ابن حجر العسقلاني بعد أن أشار إلى قول من قال بأن في لبس الذهب والفضة واللؤلؤ وجهين أصحهما جوازه، قال ابن حجر ـ رحمه الله ـ: «وفيه نظر من جهة المعنى في المقصود بلبسه وبالمقصود بالإحداد، فإنه عند تأملها يترجح المنع»[11537].

(١١٥٣٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٩.

(١١٥٣٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٠.

(١١٥٣٥) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٧٦ـ٢٧٧.

(١١٥٣٦) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٩٦.

(١١٥٣٧) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٩١.

٩٥٣٠ ـ القول الراجح في الحلي للحادّة:

والذي يترجح بل الذي يجب المصير إليه هو القول بمنع الحادّة من لبس الحلي وهو قول عامة العلماء كما قال ابن قدامة، ولأن المنع من لبس الحلي ورد به الحديث الشريف واحتج به الشوكاني ولم يذكر وجهاً لتضعيفه، بل قال الشوكاني في تضعيف ابن حزم: «والمرفوع من رواية إبراهيم بن طهمان وهو ثقة من رجال الصحيحين، وقد ضعَّفه ابن حزم، ولا يلتفت إلى ذلك، فإنّ الدارقطني قد جزم بأن تضعييف من ضعفه إنما هو من قبيل الإرجاء، وقد قيل إنه ـ أي ابن حزم ـ رجع عن ذلك»[11538].

وأيضاً فإن المنع من لبس الحلي يتفق والمقصود من الإحداد ومقتضيات الإحداد.

٩٥٣١ ـ النقاب للحادّة:

قال الإمام الخرقي الحنبلي: «وتجتنب الزوجة المتوفّى عنها زوجها الطيب والزينة.. والنقاب»[11539]، وقال الإمام ابن قدامة في تعقيبه وشرحه لكلام الخرقي: «مما تجتنبه الحادّة النقاب وما في معناه مثل البرقع ونحوه، لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة ـ أي بإحرام الحج أو العمرة ـ والمحرمة تمنع من ذلك، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة»[11540].

٩٥٣٢ ـ ولكن صاحب «كشّاف القناع» من فقهاء الحنابلة المتأخرين لم يوافق الخرقي وابن قدامة على ما ذهبا إليه بشأن النقاب للحادّة، فقد قال: «ولا يحرم عليها ـ أي على الحادّة نقاب خلافاً للخرقي؛ لأنه ليس في معنى المنصوص عليه، وقياس المعتدة بالمحرمة مردود بأن المحرمة يحرم عليها لبس القفازين ويباح لها سائر الثياب ولا كذلك المعتدة»[11541].

٩٥٣٣ ـ الراجح في مسألة النقاب للحادّة:

والراجح ما قاله صاحب «كشّاف القناع» فلا يحرم على المعتدّة في إحدادها النقاب، بل قد يكون القول بجوازه أو بأفضليته من مقتضيات الإحداد وما يتفق والغرض منه.

(١١٥٣٨) «نيل الأوطار» ج٦، ص٢٩٦.

(١١٥٣٩) «المغني» ج٧، ص٥١٧.

(١١٥٤٠) «المغني» ج٧، ص٥١٧.

(١١٥٤١) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣.

المبحث الخامس

نفقـــة العـــدّة

٩٥٣٤ - تمهيـد

نريد بنفقة العدّة، ما تستحقه المعتدّة أثناء مدّة عدّتها من النفقة بأنواعها من نفقة الطعام واللباس - والكسوة - والسكن. فقد تجب لها النفقة بجميع أنواعها وقد لا تجب لها مطلقاً، وقد تجب لها بعض أنواعها، وهذا حسب نوع الفرقة وصحة النكاح الذي وقعت فيه الفرقة أو عدم صحته، وكون المعتدة حاملاً أو غير حامل. ثم إذا وجبت للمعتدة فلا بد من بيان كيفية استيفائها لهذه النفقة التي استحقتها. وأخيراً فإن النفقة قد يوجد ما يسقطها بعد وجوبها أو يمنع وجوبها ابتداءً.

٩٥٣٥ - منهج البحـــث:

وفي ضوء جميع ما تقدم، وتسهيلاً للبحث وتوضيحه نقسم هذا المبحث إلى مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: نفقة العدّة في الفرقة من نكاح صحيح.
المطلب الثاني: نفقة العدّة في الفرقة من نكاح فاسد.
المطلب الثالث: استيفاء النفقة.
المطلب الرابع: مسقطات النفقة.

المطلـب الأول

نفقة العدّة في الفرقة من نكاح صحيح

٩٥٣٦ - تمهيـد:

الفرقة من نكاح صحيح قد تكون في حياة الزوجين بطلاق أو غيره، والطلاق قد يكون رجعياً وقد يكون بائناً، والزوجة في البائن قد تكون حاملاً أو حائلاً (غير حامل). وقد تكون الفرقة بغير

طلاق في حياة الزوجين وقد تكون هذه الفرقة من قبل الزوج وقد تكون من قبلها. وأخيراً فإن الفرقة تكون بوفاة الزوج. والزوجة في التزامها بالعدّة في هذه الفرق التي ذكرناها قد تستحق النفقة كلّها أو بعضها فلا بد من بيان ذلك.

٩٥٣٧ - منهج البحث:

وفي ضوء ما تقدّم نقسم هذا المطلب إلى فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: نفقة العدّة عن طلاق رجعي.
الفرع الثاني: نفقة العدّة عن طلاق بائن والمعتدّة حامل.
الفرع الثالث: نفقة العدّة عن طلاق بائن والمعتدّة حائل.
الفرع الرابع: نفقة العدّة عن غير طلاق.
الفرع الخامس: نفقة عدّة الوفاة.

الفرع الأول

نفقة العدّة عن طلاق رجعي

٩٥٣٨ - وجوب النفقة في هذه العدّة:

تجب النفقة للمعتدة في عدّة الطلاق الرجعي بلا خلاف بين الفقهاء، لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح ولا يزيل الحلّ، فتبقى مدّة العدّة بحكم الزوجة ولها ما لغيرها من الزوجات اللائي لم يقع عليهن أي طلاق[١١٥٤٢]، ولهذا أشار القرآن الكريم، وجاءت به السنة النبوية وأجمع عليه المسلمون، ونذكر ذلك فيما يلي:

٩٥٣٩ - الدليل الأول: من الكتاب العزيز:

جاء في «كشّاف القناع»: «ويجب عليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها وسكنها كالزوجة لقوله تعالى: ﴿وبُعولتُهنَّ أحقُّ بِردِّهِنَّ﴾؛ ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره أشبه ما قبل الطلاق»[١١٥٤٣].

٩٥٤٠ - الدليل الثاني - من السنة النبوية:

«عن فاطمة بنت قيس قالت: أتيت النبي ﷺ فقلت: إن زوجي فلاناً أرسل إليّ بطلاق،

(١١٥٤٢) «البدائع» ج٣، ص٢٠٩.
(١١٥٤٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٠١.

وإني سألت أهله النفقة والسكنى فأبوا عليَّ. قالوا: يا رسول الله، إنه أرسل إليها بثلاث تطليقات. قالت، فقال رسول الله ﷺ: «إنَّما النفقة والسكن للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة». رواه أحمد والنسائي. وفي لفظ: «إنما النفقة والسكن للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة، فإذا لم تكن عليها رجعة فلا نفقة ولا سكن». رواه أحمد.

وقال الشوكاني في هذا الحديث بعد أن أورده في «نيل الأوطار»: «والحديث يدل بمنطوقه على وجوب النفقة، والسكن على الزوج للمطلقة رجعياً وهو مجمع عليه»[11544].

٩٥٤١ ـ الدليل الثالث: من الإجماع:

وقد صرّح الفقهاء أن وجوب النفقة للمعتدّة عن طلاق رجعي، مجمع عليه ولا خلاف فيه، وقد ذكرنا قول الشوكاني بأن وجوب نفقتها مجمع عليه، وكذلك صرَّح غيره من العلماء[11545].

الفرع الثاني

نفقة العدّة عن طلاق بائن والمعتدّة حامل

٩٥٤٢ ـ وجوب النفقة في هذه العدّة:

تجب النفقة بجميع أنواعها للحامل في عدّتها عن طلاق بائن بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وإنْ كنَّ أولاتِ حَمْلٍ فأنفقوا عليهنَّ حتى يضَعْنَ حملَهُنَّ﴾[11546]؛ ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه ذلك إلا بالانفاق عليها[11547]؛ ولأنها مشغولة بمائِهِ ـ كما يقول الشافعية ـ، فهو مستمتع برحمها فصار كالمستمتع بها في حال الزوجية إذ النسل مقصود بالنكاح كما أن الوطء مقصود به[11548].

(١١٥٤٤) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٣٠٥.

(١١٥٤٥) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٠، ص٩٦، «البدائع» ج٣، ص٢٠٩، «المجموع» ج١٧، ص١١٧، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٠١، «مغني المحتاج» ج١، ص٤٤٠، «الروضة البهية» ج٢، ص١٦٠.

(١١٥٤٦) [سورة الطلاق، الآية ٤].

(١١٥٤٧) «البدائع» ج٣، ص٢٠٩، «المغني» ج٧، ص٦٠٦، «المجموع» ج١٧، ص١١٧، «الروضة البهية» ج٢، ص١٦١.

(١١٥٤٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٠.

٩٥٤٣ ـ هل النفقة للحمل أم للحامل[(١١٥٤٩)]؟

قلنا: إن المطلقة طلاقاً بائناً وهي حامل فإنها تستحق النفقة مدة عدّتها حتى تضع حملها، ونسأل هنا: هل وجوب النفقة للحمل أم للحامل من أجل حملها؟

فيه روايتـان في مذهب الحنـابلة: (الأولى) أن النفقة تجب للحمل؛ لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله، فدلّ ذلك على أنها له. وهذا أشهر القولين عند الجعفرية. (والثانية) تجب للحامل من أجله أي من أجل حملها، لأنها تجب هذه النفقة مع اليسار والإعسار، فكانت لها كنفقة الزوجة قبل وقوع الفرقة، وهذا هو القول الصحيح عند الشافعية، كما قاله الشيرازي في «المهذب».

٩٥٤٤ ـ ما يترتب على القول إن النفقة للحمل أو للحامل:

ويترتب على قولنا إن نفقة الحامل تجب للحمل أو إنها تجب لها من أجله جملة نتائج منها ما يأتي[(١١٥٥٠)]:

أ : إن كانت حاملاً من نكاح فاسد أو وطء بشبهة، وقلنا إن النفقة للحمل، فعلى الزوج والواطىء النفقة حتى تضع حملها، لأن الحمل ولده فتلزمه نفقته كما بعد وضعه، وإن قلنا إن النفقة للحامل من أجل حملها فلا نفقة لها عليه، لأنها ليست زوجته حتى يجب الإنفاق عليها.

ب : إذا كانت المطلقة الحامل أَمَةً، وقلنا إن النفقة للحمل فإن نفقتها على مالكها، لأن الحمل ملكه، والمالك هو المكلف بالإنفاق على مملوكه. وإن قلنا إن النفقة للحامل فنفقتها عليه؛ لأنها زوجته ونفقة الزوجة الحامل في عدّة طلاقها البائن على مطلقها.

جـ : لو طلّقها وهي ناشز حامل، فإن قلنا إن النفقة لها فلا تستحق نفقة عدّة نشوزها، لأن الزوجة الناشز لا تستحق نفقة، فتستحق النفقة من وقت طلاقها بائناً وحتى انقضاء عدّتها بوضع الحمل. وإن قلنا إن النفقة للحمل لم تسقط نفقتها وقت نشوزها لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه، وعلى هذا فتستحق النفقة عن حملها من وقت نشوزها إلى حين انقضاء عدّتها بوضع الحمل.

(١١٥٤٩) «المغني» ج٧، ص٦٠٨-٦٠٩، «الروضة البهية» ج٢، ص١٦١، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٧/١١٧.

(١١٥٥٠) «المغني» ج٧، ص٦٠٩، «الروضة البهية» ج٢، ص١٦١.

الفرع الثالث

نفقة العدّة عن طلاق بائن والمعتدّة حائل

٩٥٤٥ ـ اختلاف الفقهاء في هذه النفقة:

وإذا كانت المعتدّة عن طلاق بائن وهي حائل أي غير حامل، فهل تستحق نفقة العدّة أم لا؟ ثلاثة أقوال عند الفقهاء في هذه المسألة.

٩٥٤٦ ـ القول الأول: لها النفقة والسكن:

أي لها نفقة الطعام والكسوة والسكن، وهذا قول الحنفية، وابن شبرمة، والثوري، والحسن بن صالح، والبتّي، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود[١١٥٥١].

٩٥٤٧ ـ القول الثاني: لا نفقة لها ولا سكن:

أي لا نفقة طعام لها ولا نفقة كسوة ولا سكن، وهذا قول الحنابلة في ظاهر مذهبهم، وهو قول عليٍّ وابن عباس، وجابر، وعطاء، وطاووس، والحسن، وعكرمة، وميمون بن مهران، وإسحاق، وابن أبي ليلى، وأبي ثور، وداود الظاهري[١١٥٥٢].

٩٥٤٨ ـ القول الثالث: لها السكن ولا نفقة لها:

لها السكن فقط، ولكن لا تستحق نفقة الطعام ولا نفقة الكسوة، وهذا قول مالك، والشافعي، وإحدى الروايتين عن أحمد، ويروى عن عائشة رضي الله عنها[١١٥٥٣].

٩٥٤٩ ـ أدلة القول الأول: لها النفقة والسكن:

أولاً: قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّها النبيُّ إذَا طلَّقْتُم النِّساءَ فطلِّقُوهُنَّ لِعدَّتِهِنَّ. .**﴾[١١٥٥٤]. قال أبو بكر الجصاص مستدلاً بهذه الآية قوله تعالى: ﴿**فَطلقُوهُنَّ لِعدَّتِهِنَّ**﴾ يشمل المطلقة رجعياً والمطلقة بائناً. ثم قال تعالى بعد هذه الآية: ﴿**اسْكِنوهنَّ مِنْ حيثُ سكَنْتُم مِنْ وُجْدِكُم**﴾ فيجب

(١١٥٥١) «البدائع» ج٣، ص٢٠٩، «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٤٥٩، «المغني» ج٧، ص٦٠٦

(١١٥٥٢) «المغني» ج٧، ص٦٠٦، «أحكام القرآنة للجصاص، ج٣، ص٤٥٩، «المحلى» ج١٠، ص٢٨٢.

(١١٥٥٣) «المغني» ج٧، ص٦٠٦، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٥٢٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠١، ٤٤٠.

(١١٥٥٤) [سورة الطلاق، الآية ١]

أن يرجع (الأمر بالإسكان) أيضاً إلى المطلقات رجعياً أو بائناً»[11555].

ثانياً: إن الأمر بالإسكان للمعتدات هو أمر بالإنفاق عليهن أيضاً، لأنها إذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة، فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت، أو لضاق الأمر عليها وعسر، وهذا لا يجوز[11556].

ثالثاً: إن النفقة وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحقِّ الزوج، وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدّة وتأيد بانضمام حق الشرع إليه؛ لأن الحبس قبل الطلاق كان حقاً للزوج على الخلوص، وبعد الطلاق تعلق به حق الشرع، حتى إنه لا يباح لها الخروج وإن أذن لها الزوج بالخروج، فلما وجبت النفقة قبل التأكد، ـ قبل الطلاق ـ فلأن تجب بعد التأكد، أي بعد الطلاق، أولى[11557].

رابعاً: أما الآية الكريمة: ﴿وإن كنَّ أولاتِ حملٍ فأنفقُوا عليهنَّ حتَّى يَضَعْنَ حملَهُنَّ﴾ فهذه الآية أمرت بالإنفاق على الحامل، ولكن لم تنفِ وجوب الإنفاق على غير الحامل كما لم توجبه، فيكون الإنفاق عليها مسكوتاً عنه حتى يقوم الدليل على ذلك، وقد قام الدليل على وجوب الإنفاق على غير حامل لما ذكرناه فيجب القول به[11558].

خامساً: وأما حديث فاطمة بنت قيس التي طلّقها زوجها آخر ثلاث تطليقات وأن النبي ﷺ أخبرها أن لا نفقة لها ولا سكنى، فقد قال الحنفية: إن هذا الحديث ضعيف أو شاذ لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ ردّه بقوله: «لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت». وفي رواية لعلها نسيت. وروي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها أنكرت على فاطمة تحديثها بهذا الحديث، وأقل أحوال إنكار الصحابة على راوي الحديث أن يوجب طعناً فيه[11559].

٩٥٥٠ ـ وجوب النفقة والسكنى لكل معتدة من طلاق بائن:

هذا وإن وجوب النفقة والسكنى عند الحنفية ومن وافقهم يثبت للمعتدّة عن طلاق بائن سواء كانت كبيرة أو صغيرة، مسلمة أو كتابية، ويعلّلون هذا الشمول أو العموم بأن الدلائل الدالّة على

(١١٥٥٥) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٢١١، «البدائع» ج٣، ص٢٠٩ـ٢١٠.

(١١٥٥٦) «البدائع» ج٣، ص٢١٠.

(١١٥٥٧) «البدائع» ج٣، ص٢١٠، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٣٣٩.

(١١٥٥٨) «البدائع» ج٣، ص٢١٠.

(١١٥٥٩) «البدائع» ج٣، ص٢١٠، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٣٣٩ـ٣٤٠.

وجوب النفقة للمعتدّة من طلاق بائن لا توجب الفصل والتفريق بين هؤلاء المذكورات من المطلقات بائناً[١١٥٦٠].

٩٥٥١ ـ أدلة القول الثاني: لا نفقة لها ولا سكنى:

أولاً: أخرج الإمام مسلم في «صحيحه» عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي ﷺ في المطلقة ثلاثاً، قال: ليس لها سكنى ولا نفقة»[١١٥٦١].

وقد روى الإمام مسلم قصة طلاق فاطمة بنت قيس ثلاثاً وأن النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى، رواها الإمام مسلم بألفاظ مختلفة، وكلها تتفق في أنَّ النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى[١١٥٦٢].

ثانياً: النفقة تكون للزوجة، والمطلقة بائناً لم تعد زوجة له، فهي في حكم الأجنبية منه ولم يبق إلا مجرد اعتدادها منه، وهذا لا يوجب لها عليه نفقة كالموطوءة بشبهة[١١٥٦٣].

ثالثاً: النفقة تجب في مقابلة التمكن من الاستمتاع، وهذه لا يمكن استمتاعه بها بعد بينونتها فلا تستحق نفقة عليه. ولأن النفقة لو وجبت لها عليه لأجل عدّتها لوجبت للمتوفي عنها زوجها من ماله، إذ لا فرق بينهما البتة، فإن كل واحدة منهما قد بانت عنه وهي معتدّة منه[١١٥٦٤].

رابعاً: ولو وجبت لها السكنى فقط ـ كما يقول البعض ـ لوجبت لها النفقة أيضاً. كما يقوله من يوجب النفقة، فأما أن يجب لها السكنى دون النفقة فالنص والقياس يدفعه[١١٦٥٦٥].

٩٥٥٢ ـ أدلة القول الثالث: لها السكنى ولا نفقة لها:

أولاً: الزوجية بالطلاق البائن انقطعت فأشبهت المتوفى عنها زوجها، فلا تجب لها نفقة[١١٥٦٦].

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وإن كُنَّ أولاتِ حَمْلٍ فانفقوا عليهن حتى يضعْن حملَهُنَّ﴾ دلّ بمفهومه على أن غير الحامل لا نفقة لها وإلا لم يكن لتخصيص الحامل بالذكر فائدة، وسياق الآية يفهم منه أنها في غير المعتدة من طلاق رجعي لأن نفقة الرجعية واجبة على الزوج سواء

(١١٥٦٠) «البدائع» ج٣، ص٢١٠. (١١٥٦١) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١٠٥

(١١٥٦٢) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٩٤ـ١٠٥

(١١٥٦٣) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٥٨. (١١٥٦٤) «زاد المعاد» ج٤، ص١٥٨.

(١١٥٦٥) «زاد المعاد» ج٤، ص١٥٨. (١١٥٦٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٠.

كانت حاملاً أو حائلاً[11567].

ثالثاً: والدليل على استحقاقها السكنى قوله تعالى: ﴿اسْكنوهنَّ مِنْ حيثُ سكَنتُم مِن وُجْدِكُم﴾[11568].

رابعاً: وقال الإمام مالك في قوله تعالى: ﴿اسكنوهنَّ من حيثُ سكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ يعني المطلقات اللاتي قد بِنَّ ـ أي طلقهن أزواجهنَّ طلاقاً بائناً ـ وليست حاملاً، فلها السكن ولا نفقة لها ولا كسوة؛ لأنها بائن منه، ثم قال ابن العربي بعد أن ذكر قول الإمام مالك، وبسط ذلك وتحقيقـه أن الله سبحـانه وتعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة، فلما ذكر النفقة قيّدها بالحمل فدلّ على أن المطلقة البائن لا نفقة لها[11569].

٩٥٥٣ ـ القول الراجح:

رجح ابن القيم أن المعتدة من طلاق بائن وهي حائل لا نفقة لها ولا سكن لصحة حديث فاطمة بنت قيس، وكذلك رجّح الشوكاني هذا القول بنفس حجة بن القيم[11570].

وكذلك رجح هذا القول ابن قدامة الحنبلي لصحة حديث فاطمة بنت قيس، ثم قال ـ رحمه الله تعالى ـ: «وأما قول عمر ومن وافقه أن لها النفقة والسكنى، فقد خالفه علي وابن مسعود ومن وافقهما والحجة معهم، ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ، فإن قول رسول الله ﷺ حجّة على عمر وعلى غيره..»[11571].

وكذلك رجح صاحب «سبل السلام» ما رجحه ابن قدامة لحديث فاطمة بنت قيس، وهو حديث صحيح واضح الدلالة، وأن المطاعن التي قيلت فيه ضعيفة لا تصلح لرد الحديث[11572].

٩٥٥٤ ـ والـذي أميل إلى ترجيحه هو القول بأن المعتدة عن طلاق بائن لا نفقة لها ولا سكنى؛ لحديث فاطمة بنت قيس إذ هو حديث صحيح صريح في دلالته وأنه يعتبر مخصصاً لعموم آيات الإنفاق والسكن للمعتدات، وليس بمستغرب أن تكون السنة النبوية مخصصة لعام القرآن أو مقيدة لمطلقه كما هو معروف في أصول الفقه.

(١١٥٦٧) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٠، «نيل الأوطار» ج٦، ص٣٠٣.

(١١٥٦٨) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٨٠، «نهاية المحتاج» ج٤، ص١٤٤.

(١١٥٦٩) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج٤، ص١٨٢٧.

(١١٥٧٠) «زاد المعاد» ج٤، ص١٦٠ـ١٦٧، «نيل الأوطار» ج٦، ص٣٠٣ـ٣٠٤.

(١١٥٧١) «المغني» ج٧، ص٦٠٦ـ٦٠٧. (١١٥٧٢) «سبل السلام» ج٣، ص٢٦٩.

٩٥٥٥ ـ وأما قول سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ في عدم أخذه بحديث فاطمة بنت قيس وقوله في ذلك: «لا نترك كتاب ربنا وسنة نبيّنا لقول امرأة لا ندري أحفظت أم نسيت» فهذا القول من سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ تردد منه في حفظ فاطمة راوية الحديث، ولم يكن ردّه لأنها امرأة، فقد قبل سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ عن عائشة وحفصة أخبار عدّة. وعلى هذا فإن تردده في حفظها يعتبر عذراً له في عدم العمل بحديثها الذي ترويه ولا يكون شكه ـ رضي الله عنه ـ حجّة على غيره[١١٥٧٣]. هذا مع العلم بأن الإمام أحمد بن حنبل أنكر ما روي عن عمر أنه قال: «لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة» وقال أحمد: إنما قال عمر: لا نقبل في ديننا قول امرأة»[١١٥٧٤]، وهذا يجب حمله على الشك منه ـ رضي الله عنه ـ في حفظ فاطمة بنت قيس، وليس في عدم قبول حديثها لكونها امرأة فقد قلنا إنه قبل أخباراً كثيرة روتها عائشة وغيرها من نساء الصحابة.

الفرع الرابع

نفقة العدّة عن غير طلاق

٩٥٥٦ ـ أنواع الفرقة عن غير طلاق:

الفرقة عن غير طلاق إما أن تكون من قبل الزوج وإما أن تكون من قبل الزوجة، فهي من هذه الجهة نوعان: (الأول) الفرقة من قبل الزوج، و(الثاني) الفرقة من قبل الزوجة.

٩٥٥٧ ـ نفقة العدّة عن فرقة من قبل الزوج:

إذا كانت الزوجة معتدّة عن فرقة بغير طلاق جاءت بسبب من الزوج، فلها النفقة والسكنى مدة عدّتها كيف ما كانت الفرقة. أي سواء بسبب منه هو معصية أو غير معصية، فمن الأول إباؤه الإسلام بعد أن أسلمت زوجته ومثل ردته. ومن الثاني خيار البلوغ[١١٥٧٥].

٩٥٥٨ ـ نفقة العدّة عن فرقة بسبب من الزوجة:

وإن كانت العدّة عن فرقة بسبب من الزوجة، ينظر: فإن كانت بسبب منها ليس بمعصية كالأَمَة إذا أُعْتِقَت فاختارت نفسها، وامرأة العنين إذا اختارت الفرقة، فلها النفقة والسكنى. وإن كانت الفرقة بسبب من الزوجة هو معصية مثل ردتها عن الإسلام، فلا نفقة لها ولكن لها السكنى

(١١٥٧٣) «سبل السلام شرح بلوغ المرام» للصنعاني، ج٣، ص١٦٩.

(١١٥٧٤) «المغني» ج٧، ص٦٠٧.

(١١٥٧٥) «البدائع» ج٣، ص٢١١، «الهداية» ج٣، ص٣٤٢.

لأن السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى، وأما النفقة فتسقط عنها؛ لأنها تجب حقاً لها على الخلوص، فإذا وقعت الفرقة بسبب منها بغير حق، فقد أبطلت حقها في النفقة، بخلاف المعتقة وزوجة العنين إذا أختارتا الفرقة؛ لأن الفرقة في هذه الحالة وقعت بسبب منها، ولكن بحق مشروع فلا تسقط النفقة[١١٥٧٦].

الفرع الخامس
نفقة عدّة الوفاة

٩٥٥٩ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قالوا في نفقة المعتدة عن وفاة زوجها، لا نفقة لها ولا سكنى في مال زوجها المتوفى، سواء كانت حائلاً أو حاملاً؛ لأن أموال الزوج بموته تنتقل إلى الورثة فلا يجوز أن تنتقل النفقة والسكنى في مال الورثة. وسواء في هذا الحكم الزوجة الكبيرة والصغيرة والمسلمة والكتابية[١١٥٧٧].

٩٥٦٠ ـ ثانياً: مذهب المالكية:

قالوا: المعتدّة من وفاة لا نفقة لها ولكن لها السكنى أن دخل بها وهي مطيقة للوطء، وأما غير المطيقة، فلا سكنى لها إلا إذا أسكنها قبل الموت فلها السكنى دخل بها أو لا، ويشرط أن يكون المسكن الذي مات فيه ملكاً له أو كان مستأجراً وقد دفع كراءه، وإن لم يكن قد دفعه فَلِرَبِّ الدار إخراجها[١١٥٧٨].

٩٥٦١ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

تجب السكنى للمعتدة عن وفاة زوجها مدّة العدّة على القول الأظهر في المذهب، أما النفقة ـ أي نفقة الطعام والكسوة ـ فلا تجب لها. والحجة لوجوب السكنى لها الحديث النبوي الشريف الذي رواه الترمذي وغيره، وفيه أن النبي ﷺ أمر فريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله ـ أي حتى تنقضي عدّتها ـ فاعتدت أربعة أشهر وعشراً. وأيضاً فإن السكنى للمعتدّة قبل الوفاة لصيانة مائِهِ، وهذا المعنى موجود بعد الوفاة. ثم إن في السكنى حق الله تعالى فلا يسقط بوفاة الزوج[١١٥٧٩]. والحجة لعدم وجوب النفقة لها

(١١٥٧٦) «البدائع» ج٣، ص٢١١، «الهداية» ج٣، ص٣٤٢.

(١١٥٧٧) «البدائع» ج٣، ص٢١١، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦١٠.

(١١٥٧٨) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٥٠٢ـ٥٠٣، «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٦٤.

(١١٥٧٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٢، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٧، ص١٢٤.

أن النفقة إنما تجب مقابل التمكن من الاستمتاع، وقد زال هذا بالموت، أو تجب لها النفقة بسبب الحمل، والميت لا يستحق عليه حق لأجل الحمل[١١٥٨٠].

٩٥٦٢ - رابعاً: مذهب الظاهرية:

لا نفقة ولا سكنى لمعتدة الوفاة فقد قال ابن حزم الظاهري: «وتعتد المتوفى عنها زوجها والمطلقة ثلاثاً والمعتقة تختار فراق زوجها حيث أحببن ولا سكنى لهن لا على المطلّق، ولا على ورثة الميت، ولا نفقة لهن»[١١٥٨١].

٩٥٦٣ - خامساً: مذهب الحنابلة:

إن المتوفى عنها زوجها لا سكنى لها ولا نفقة في عدّة الوفاة إن كانت حائلاً؛ لأن النكاح قد زال بالموت. وأما إذا كانت حاملاً ففيها روايتان:

الأولى: لها النفقة والسكنى؛ لأنها حامل من زوجها المتوفى، فتكون لها النفقة والسكنى كما لو طلّقها زوجها وهي حامل.

الثانية: لا نفقة لها ولا سكنى؛ لأن مال المتوفى انتقل للورثة، ونفقة الحامل وسكناها للحمل أو لها من أجله ولا يلزم ذلك الورثة؛ لأنه إن كان للميت مال يورث عنه فنفقة الحمل من نصيبه من الميراث، وإن لم يكن للميت مال يورث عنه لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة. قال القاضي الحنبلي: هذه الرواية أصح[١١٥٨٢].

٩٥٦٤ - القول الراجح:

أ: بالنسبة للنفقة، الراجح أن لا نفقة لمعتدة الوفاة إن كانت حائلاً؛ لأن النكاح قد زال بالموت وأموال الزوج بموته انتقلت إلى الورثة فلا سبيل لإيجاب النفقة لها في أموالهم. أما إذا كانت حاملاً، فلا نفقة لها أيضاً في تركة زوجها المتوفى؛ لأن أمواله انتقلت إلى الورثة ولا سبيل إلى إيجاب النفقة عليهم فيما آل إليهم من أمواله، ولكن تكون نفقة الحمل من نصيبه في ميراثه منه. أما إذا لم يترك المتوفى مالاً فلا نفقة للحمل لأنه لا يمكن إيجاب النفقة في أموال الورثة.

ب: أما بالنسبة لسكنى المعتدّة من وفاة، فالراجح وجوب السكنى لها في بيتها الذي كانت تسكنه يوم وفاة زوجها، إذا كان هذا البيت ملكاً لزوجها المتوفى؛ لحديث الفريعة الذي أخرجه الإمام مالك والترمذي وغيرهما وقد جاء في هذا الحديث في رواية مالك في الموطأ: «أن الفريعة

(١١٥٨٠) المهذب والمجموع» ج١٧، ص١٢٤.

(١١٥٨١) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٨٢. (١١٥٨٢) «المغني» ج٧، ص٦٠٨.

بنت مالك بن سنان، وهي أخت أبي سعيد الخدري جاءت إلى رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا ـ هربوا ـ، حتى إذا كانوا بطرف القدوم ـ موضع قريب من المدينة المنورة ـ لحقهم فقتلوه. قالت أي الفريعة، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة. قالت، فقال رسول الله ﷺ: نعم. قالت: فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله ﷺ أو أمر بي فنوديت له، فقال: كيف قلتِ؟ فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي. فقال ﷺ: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ـ أي حتى تنقضي العدّة المفروضة ـ قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً، قالت: فلما كان عثمان بن عفان أرسل إليَّ فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به»[11583].

٩٥٦٥ ـ وقد أخرج حديث الفريعة الإمام الترمذي في «جامعه» وقال عنه: «هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، لم يروا للمعتدة أن تنتقل من بيت زوجها حتى تنقضي عدّتها. وقال بعض أهل من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم: للمرأة أن تعتد حيث شاءت وإن لم تعتد في بيت زوجها. قال الترمذي: والقول الأول أصح[11584].

٩٥٦٦ ـ وترجيحي أن لها السكنى، أي: في بيتها الذي كانت تسكنه يوم وفاة زوجها إذا كان مِلْكاً لزوجها المتوفى، وهذا مذهب المالكية، لأنه إذا لم يكن مِلْكاً له، فمالكُ البيت يستطيع اخراجها منه، ويُنزَّل منزلة الملكية للبيت الذي كانت تسكنه إذا كان زوجها المتوفى قد عجّل أجرة البيت لمدة تقع فيها عدّتها، فمن حقها أن تقضي فيه عِدَّتها لحديث فريعة.

المطلب الثاني

نفقة العِدَّة في الفُرْقة من نكاح فاسد

٩٥٦٧ ـ لا نفقة لِمُعتدّة من نكاح فاسد إذا كانت حائلاً:

لا تستحق المعتدّة من نكاح فاسد نفقةً ولا سكنى؛ لأن حال العِدَّة معتبر بحال النكاح، ولا سكنى ولا نفقة في النكاح الفاسد، فكذا في العِدّة منه، وهذا إذا كانت المرأة حائلاً أي غير حامل[11585].

(١١٥٨٣) الموطأ» للإمام مالك، ج٢، ص٥٩١.

(١١٥٨٤) «جامع الترمذي» ج٢، ص٣٩١-٣٩٢.

(١١٥٨٥) «المغني» ج٧، ص٦١٠، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٠٢.

٩٥٦٨ ـ لها النفقة إن كانت حاملاً:

فإن كانت المُعْتدّة من نكاحٍ فاسدٍ حاملاً، فلها النفقة وإن كان النكاح فاسداً، لأن نسب الحمل لا حق به ـ أي بالواطىء ـ والنفقة في الحقيقة هي للحَمْل وإن كانت المرأة هي التي تقبضها[11586].

٩٥٦٩ ـ الموطوءة بشبهة كالموطوءة في نكاح فاسد من جهة نفقتها في العِدّة كل مُعْتدّة من الوطء في غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة إن كان يلحق الواطىء نسب حملها لو كانت حاملاً، فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد فيما ذكرناه من وجوب أو عدم وجوب النفقة والسكنى لها مُدّة عِدّتها[11587].

المطلب الثالث

استيفاء نفقة العِدَّة

٩٥٧٠ ـ تمهيد:

نفقة العدّة هي نفقة الزوجة مدة عِدّتها، وهي تشمل نفقة الطعام والكِسوة والسكنى على النحو الذي فصلناه عند كلامنا عن نفقة الزوجة، وأنواع هذه النفقة ومقاديرها.

ونفقة العِدّة وإن كانت تشمل هذه الأنواع الثلاثة، إلا أن الفقهاء قد يطلقون اسم (النفقة) ويريدون بها نفقة الطعام فقط، ففي «الدُّر المختار» في فقه الحنفية: «ويجب لمُطَلَّقة الرجعيّ النفقة والسكنى والكِسْوة»[11588]. وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ويجب عليه ـ أي على الزوج ـ نفقة المطلقة الرجعية وكِسوتُها وسَكَنُها كالزوجة»[11589].

٩٥٧١ ـ القاعدة في كيفية استيفاء نفقة العِدَّة:

نفقـة العِدَّة إذا وجبت للمُعْتدّة، هي نفقة الزوجة من حيث أنواع النفقة ومقاديرها وكيفية الحصول عليها خلال مدة العِدّة.

(11586) «المغني» ج٧، ص٦١٠، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٠٢.

(11587) «المغني» ج٧، ص٦١٠، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٠٢، ويلاحظ هنا أن الموطوءة بالزنى لا تستحق نفقة عن حملها إذا حملت من الزنى لأن هذا الحمل لا يلحق بالزاني: «المغني» ج٧، ص٦١٠.

(11588) «الدر المختار» ج٣، ص٦٠٩.

(11589) «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٠١.

جاء في «الفتاوى الهندية»: «لأن هذه النفقة (نفقة العدّة) نظير نفقة النكاح، فيعتبر فيها ما يعتبر في نفقة النكاح»[11590].

فالقاعدة في كيفية استيفاء المُعْتدَّة نفقتها في العِدّة هي نفسها في كيفية استيفاء الزوجة نفقتها حال قيام الزوجية، والتي سبق وأن تكلمنا عنها مع بعض الفُروق التي اقتضتها أحكام العدَّة وطبيعة حال المُعْتَدّة، لا سيما فيما يتعلق بالسُّكْنى للمُعْتَدّة كما سنوضحه.

٩٥٧٢ ـ أولاً: سُكْنى المعتدّة عن طلاق ونحوه:

أ : مذهب الشافعية:

إذا وجبت السكنى للمُعتدّة في حال فُرْقتها في حياة زوجها، كأن طلَّقها رجعياً أو ثلاثاً وهي حامل، فإن سُكْنَاها في البيت الذي كانت تسكُنُه وقتَ الفُرْقة لقوله تعالى: ﴿اسكنوهُنَّ من حيث سَكَنْتُم مِنْ وُجْدِكُم﴾ [الطلاق: ٦]، ﴿لا تُخرجوهُنَّ مِنْ بيُوتهنَّ ولاَ يَخْرُجْنَ..﴾ [الطلاق: ١]، فإذا كان المسكن مِلْكاً للزوج ويليق بها، بأن يسكن مثلها في مثله، تعيّن استِدامتُها فيه لتستَوفي حَقَّها في السُّكنى مُدّة عدّتها، وليس لأحد إخراجها منه، بل ولا يجوز له، أن تخرج هي باختيارها إلا لِعُذر مشروع كالخوف من انهدامه أو غرقه، أو خوفها على نفسها إن بقيت فيه، لكونه في مكان مخيف، أو لتأذيها بالجيران أذىً شديداً ونحو ذلك من الأعذار الشرعية التي تبيح لها التحول عن مسكنها، لأن حقها في السكنى فيه ليس هو على الخلوص وإنما فيه حق الله تعالى، فلا يجوز أن تستوفي هذا الحق ـ حق السكنى ـ في غير هذا المَسْكَن بالتحول عنه إلّا لِعُذر شرعي كما قلت، فإذا وجد العُذْر الشرعيُّ لتحولها عن هذا المسكن، فإن مُطَلِّقها يَنْقُلها إلى أقرب المواضع لهذا المسكن حسب اختياره[11591].

٩٥٧٣ ـ ب : مذهب الحنفية:

قالوا: على المُعْتدّة أن تَعْتَدّ في المنزل الذي تسكنه وقت وقوع الفُرْقة، لأنه هو المَسْكَنُ المضاف إليها والممنوع إخراجها وخروجها منه في قوله تعالى: ﴿لا تُخرجوهنَّ منْ بيوتهنَّ ولاَ يخرُجنَ..﴾ [الطلاق: ١]. والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه، وإذا تحَوَّلَتْ منه إلى غيره للعُذْرِ صار الثاني أي مَسْكَنُها الجديد في حكم مَسْكَنِها الأول، فلا تخرج منه إلا لعذر والمسكن الذي تنتقل إليه في عِدّة الطَّلاق ونحوه يعود تعيينه إلى الزوج[11592].

(١١٥٩٠) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٥٨.

(١١٥٩١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٢-٤٠٥، «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٤٤، ص١٤٤، ١٤٦.

(١١٥٩٢) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٩٨-٢٩٩.

وجاء في «المبسوط» في فقه الحنفية: «وإذا كانت الزوجة مع زوجها في منزل مُسْتَأجَر، فطلقها فيه فالكِراء (الأجْرَة) على زوجها حتى تنقضي عِدّتها، لأن السُّكنى عليه، والكِرَاءُ مؤنة السُّكنَى، فتكون عليه كما في حال قيام النِكاح، فإن أخرجها أهل المنزل فهي في سَعَة من التحول»[11593].

ويبدو لي أن للزوج في هذه الحالة أن يستأجر لها مسكناً لتقضي فيه عِدّتها وتعيين هذا المسكن المستأجر يكون لزوجها، كما في حالة انهدام المسكن الذي يملكه وكانت تسكنه، فينقلها إلى غيره الذي يختاره.

٩٥٧٤ ـ جـ : مذهب الحنابلة:

وقال الحنابلة: إذا طَلَّق الرجل زوجته بائناً، وأراد أن يُسْكِنها في منزله أو في غيره مما يصلح لسُكناها تحصيناً لفراشه لزمها ذلك، فقد جاء في «كشّاف القناع»: «وإن أراد المُبين ـ أي الزوج المُطَلِّق زوجته طلاقاً بائناً ـ إسكان البائِن في منزله أو غيره مما يصلح لها تحصيناً لفراشه ولا محذور فيه، لزمها ذلك لأن الحقّ له فيه وضرره عليه، فكان إلى اختياره كسائر الحقوق»[11594].

٩٥٧٥ ـ د : مذهب المالكية:

قالوا: وللمُعْتَدّة من طلاقٍ بائنٍ أو رَجْعيّ وجوباً على الزوج السُّكْنى في المحل الذي كانت فيه، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخرجُوهُنَّ مِنْ بيوتهِنَّ وَلَاَ يَخْرُجنَ . .﴾ [الطلاق: ١] وهذا سواء كان المَسْكَن له أو لا، نَقَدَ كِراءه أو لا»[11595].

ومعنى ذلك أن أُجْرَةَ المَسكن الذي تقضي فيه عِدّتها تكون على زوجها الذي طلّقها.

٩٥٧٦ ـ سُكنىٰ الزوج مع مُطلَّقتهِ في مَسْكَن العِدَّة:

قلنا إن السُّكنى للمُعْتدّة تستوفيه بسُكْناها في المسكن الذي كانت تسكنه وقت طَلَاقها، وهو البيت الذي كانت تسكنه عادة مع زوجها، فهل يجوز أن يسكن معها خلال مُدّة العِدّة؟ الجواب نعم إذا كان الطلاق رجعياً لأنها زوجته، والطلاق الرَّجعي لا يرفع النِكاح ولا يزيل الحل، أما إذا كان الطلاق بائناً فله أيضاً أن يسكن معها إذا كانت الدار واسعةً، ولا يتحقق بسكناه معها خَلْوة، لكـون كل منهمـا يسكن في جانب من الـدار منفصل عن الآخر، ولكل منهما مَرافِقُه

(١١٥٩٣) «المبسوط» للسرخسي» ج٦، ص٣٣.

(١١٥٩٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٦-٢٧٧.

(١١٥٩٥) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٥٠٢.

الخاصة به ومَدْخَلُهُ الخاص به. وكذلك لو كان للدار عُلُو وسفل، وسكن الزوج في الطابق الأسفل، وسكنت الزوجة في الطابق الأعلى.

وإذا ضاق المَسْكَن بهما ولم يَتَّسِع لهما سَوِيَّةٍ على النحو المسموح به شرعاً، فلا بد من انتقال أحدهما، وانتقال الزوج أولى، لأن سكنى المُعْتَدّة في بيت سكناها واجب عليها، وسُكناه هو فيه مباح ورعاية الواجب مُقَدّمة على المُبَاح إلا إذا كان هناك عُذْر لانتقالها.

وفي هذا الذي ذكرته جاءت أقوال الفقهاء مصرحة به أو مشيرة إليه أو منبهة عليه، ولبعضهم تفصيل وشروط، نذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

٩٥٧٧ ـ أ : من أقوال الحنفية:

جاء في «الهداية وفتح القدير»: «ثم إن وقعت الفُرْقة بطلاقٍ بائنٍ أو ثلاث لا بد من سترة بينهما، ثم لا بأس به ـ أي بالسكن مع مطلقته في عِدّتها، لأنه معترف بالحُرْمة، إلا أن يكون فاسقاً يُخاف عليها منه، فحينئذٍ تخرج لأنه عُذْرٌ، ولا تَخْرجُ عمّا انتقلت إليه. والأولى أن يخرج هو ويتركها، وإن ضاق عليها المنزل فلتخرج، والأولى خُروجُهُ»[١١٥٩٦].

٩٥٧٨ ـ ب : من أقوال الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع»: «فلو كانت دار المطلق متّسعة لهما وأمكنها السُّكن في موضع مُنفرد كالحُجرة وعُلو الدار، وبينهما باب تُغْلق، ومسكن الزوج بالباقي، جاز لأنه لا مَحذور فيه، وإن لم يكن بينهما باب مُغْلق ولها مَوضع تستتر فيه بحيث لا يراها مُطلِّقها، وكان معها مَحْرم تتحفظُ به جازَ أيضاً، فإن لم يكن معها محرمٌ لم يَجُزْ، أي لم يجُزْ أن يَسكُن معها مُطلِّقها[١١٥٩٧].

٩٥٧٩ ـ جـ : من أقوال الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج»: «وليس له مُسَاكنَتُها ولا مُداخلَتُها في الدار التي تعتدّ فيها؛ لأنه يؤدي إلى الخَلْوة بهـا، وهي مُحَـرَّمةٌ عليه، ولأن في ذلك إضرار بها، وقد قال تعالى: ﴿ولاَ تُضاروهنَّ لتضيِّقُوا عليهنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، أي في السَكن، فإن كان في الدار الواسعة التي زادت على مسكن مِثْلها، محرمٌ لها ولو برضاع أو مُصاهرة، مميِّز يستحى منه، ذكر أو أنثى، كأُختها أو خالتها أو عمتها، كذلك إذا كانت ثقة ، أو كان في الدار محرَمٌ له مميز ذَكر أو أُنثى أو زوجة أخرى جاز ما ذُكر ـ أي مُساكنة المُطلِّق لها في دار سُكناها ـ لانتفاء المحذور، لكن

(١١٥٩٦) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٩٩. . (١١٥٩٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٦.

مع الكراهة لاحتمال النظر. ويشترط في المحرم الذي يكون في دار سُكنَاها بَصيراً. ولو كان في الـدار حُجـرة ـ وهي كل بنـاء محـوط ـ أو نحـوها كطبقة، فسكنها أحدُهما ـ أي المطلّق والمْعتدّة ـ وسكن الآخرُ الحُجرة الأُخرى من الدار، فإن اتحدت المرافق اشترط المحرم حذراً من الخلوة، وإن لم تتحد المرافق فلا يشترط المحرم، ويجوز له مساكنتها بدونه، لأنها تصير حينئذٍ كالدارين المتجاورتَين. وسفل وعلو كدار وحجرة فيما ذُكِرَ، والأولى أن يسكنها العُلو حتى لا يمكنه الاطلاع عليها»(١١٥٩٨).

٩٥٨٠ ـ تدخل القاضي لتمكين المعتدّة من استيفاء حقّها في السُّكنى:

أولاً: مذهب الحنابلة:

قال الحنابلة: ولو غاب من لزمته السُّكنى لمطلَّقتِه طلاقاً بائناً وهي حامل، أو منعها من السكنى الواجبة عليه اكتراه القاضي من ماله ـ أي من مال الزوج ـ إن وجد له مالاً، أو اقترض عليه ما تسكن به إن لم يَجِدْ له مالاً، أو فرض القاضي أُجرته، أي أُجرة ما وجب على الغائب من المسكن لتأخذه منه إذا حضر، وإن اكترت من وجبت لها السُّكنى مَسكناً بإذن من وجَبَتْ عليه السكنى لها، أو بإذن القاضي، أو اكترته بدون إذنهما لعجزها عن استحصال إذن أحدهما رجعت عليه بما دفعته من أُجرةٍ لِمَسكنِها الذي استأجرته(١١٥٩٩).

٩٥٨١ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «يكْتَري الحاكم من مال مُطَلِّقٍ لا مَسْكَنَ له مسكناً لِمُعْتَدَّتهِ لِتَعْتَدَّ فيه، فإن لم يكن له مال اقترض عليه الحاكم، فإن أذن لها الحاكم أن تَقْتَرِض على زوجها، أو تَكْتَري المسكن من مالها جاز، وترجع به على زوجها ـ أي مُطلِّقها ـ»(١١٦٠٠).

٩٥٨٢ ـ أخذ المُعْتدَّة أُجرة عن سُكْناها في مُلكِها:

ولو كان للمعتدّة التي لها حقُّ السكنى على زوجها مَسْكَنٌ تملكُه وأرادت أن تسكنه وتأخذ أُجرةً عن ذلك من مُطَلِّقها، جاز لها ذلك في حال غيبةِ الزوج، أو في حال امتناعه من تهيئة مسكن لها، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولو سكنت مُلكها مع غيبة من وجبت

(١١٥٩٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٧.

(١١٥٩٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٦.

(١١٦٠٠) «المغني» ج٧، ص٦١٠، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣٠٢.

عليه السُّكنىٰ أو امتناعه، فلها أُجرته لأنه يجب عليه إسكانها، فوجبت عليه أُجرته»[11601].

٩٥٨٣ ـ ثانياً: السُّكنى لمعتدّة الوفاة:

أ : مذهب الشافعية:

قالوا: «تجب سكنى لمعتدَّة طلاقٍ ولو بائنٍ ولمعتدّة وفاةٍ على الأظهر»[11602].

وقالوا أيضاً: «وتجب سُكنى لمعتدّة وفاةٍ حيث وجدت تركة، وتقدَّم على الديون المرسلة في الذِّمة»[11603].

ويفهم من هذا أن الزوج المتوفى إذا ترك داراً كانت تسكنها الزوجة فإنها تقضي عُدَّتها فيها لتستوفي حقّها في السكنى بالسَكن فيه، وإن لم يترك داراً وإنما ترك أموالاً منقولة فإنه يكترى بجزء منها سكناً لها ويقدم ذلك على ديونه الأخرى.

وقالوا أيضاً: «وحيث لا تركة للميِّت لم يجب إسكانُها، فإن تبرع وارثٌ بالسكنى لزمتها الإجابة لأن له ـ للوارث ـ غرضاً في صونِ ماء مُورِّثه. وغير الوارث كالوارثِ ـ أي في تبرُّعه السُّكنى، ووجوب إجابتها له ـ فإذا لم يوجد متبرع سُنَّ للإمام حيث لا تركة إسكانها من بيت المال، وإن لم يسكنَها أحد سكنت حيث شاءت»[11604].

ومعنى ذلك أن الدولة تقوم بإسكانها بأن تستأجر لها مسكناً لتقضي به عِدّتها إذا لم يترك المتوفى شيئاً، ولم يتبرع أحد لها بالإسكان.

٩٥٨٤ ـ ب : مذهب الحنابلة:

عند الحنابلة لا تجب السُكنى لمعتدّة الوفاة، لا على الورثة، ولا في تركة زوجها المتوفى، ولكن لو تبرع الورثة بإسكانها في المسكن الذي مات فيه زوجها، وكانت هي تسكن فيه معه، وجب عليها قبول التبرع والسكنى في هذا المسكن؛ لأنه هو بيت العِدّة لها الذي يجب أن تقضي عِدّتها فيه كلّما أمكنها ذلك، وقد أمكنها ذلك بتبرع الورثة لها بالسكنى فيه، باعتباره مُلْكاً لهم، آل إليهم من مُورِّثهم زوجُها المُتوفى، أو لكونهم يتبرعون بأُجرته عنها إذا لم يكن مُلْكاً لهم، وكذلك يَلْزمها السكنى فيه إذا تبرَّع لها بذلك مالِكُ المسكن أو تبرَّع السلطان ـ الدولة ـ أو غيره بأُجرته عنها، وإذا خرجت منه وجب عليها الرجوع إليه لتقضي عدّتها فيه إلا إذا قضت الضرورة بالخروج منه والانتقال إلى غيره كما في حالة عدم وجود المتبرع لها بالسكنى فيه، أو

(١١٦٠١) «كشّاف القناع»، ج٣، ص٢٧٦.

(١١٦٠٢) . «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠١-٤٠٢.

(١١٦٠٣) «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٤٥.

(١١٦٠٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠٢.

لكونها لا تجد ما تكتري به هذا المسكن، فيجوز لها الانتقال إلى غيره حيث تشاء، لأن الواجب عليها القرار في بيت العِدّة، وهو مَسْكَنُها الذي كانت تعيش فيه مع زوجها، وقد تعذّر عليها ذلك، فسقط عنها هذا الواجب، فجاز لها القَرار في مسكن آخر تختاره فَتَقَرُّ فيه أداءً لواجب العِدّة، وهو البقاء في بيت العِدّة، وعدم الخروج منه، وبيت العِدّة صار في حقها المسكن الذي انتقلت إليه[11605].

٩٥٨٥ ـ جـ : مذهب الحنفية:

عند الحنفية، كما ذكرنا عنهم من قبل، لا تجب النفقة بأنواعها لمعتدّة وفاة مطلقاً ولو كانت حاملاً. إلا أن عليها أن تعتدّ في المسكن الذي كانت تسكنه قبل موت زوجها، ولا تنتقل منه إلا لضرورة، كأن كان المسكن بأُجرة ولا تجد ما تؤدّيه في أُجرته.

وإذا كان المنزل لزوجها المتوفى فلها أن تسكن في نصيبها من ميراثها من هذا المنزل، وتستتر عن الورثة ممن ليسوا بمحارم لها، وإن كان نصيبها من ميراثها من هذا المنزل لا يكفيها لسكناها، وأخرجها الورثة من نصيبهم، أو خافت على متاعها منهم، فلا بأس أن تنتقل منه إلى غيره، وإنما كان الأمر كما ذكرنا، لأن السكنى في العدّة في البيت الذي كانت تسكنه قبل موت زوجها، هذه السُكنى وجبت عليها بطريق العبادة حقاً لله تعالى عليها، والعبادات تسقط بالأعذار، ولهذا إذا كانت تقدِر على دفع أُجرة المنزل لا يجوز الانتقال منه، إذ عليها أن تدفع أُجرته لمالِكهِ لتنقضي العِدّة فيه، وإذا انتقلت من منزلها هذا للعُذْر، كان تعيين مسكنها الجديد لها لا لغيرها، فهي التي تعيّنه وتختاره[11606].

٩٥٨٦ ـ ثانياً : نفقة الطعام و الكِسْوة:

إذا وجبت نفقة الطعام والكسوة للمُعتدّة كما لو كانت مطلّقة رجعياً أو مطلّقة بائناً وهي حامل، وكذلك إذا كانت حائلاً عند الحنفية، فإنها تستوفي نفقتها بالقَدر وبالكيفيّة التي بينّاه عند كلامِنا عن نفقة الزوجة حين قيام النكاح، إذ لا فرق بين الحالتين، سوى أن نفقة العدّة مُقيدّة بمدّة العدّة، بينما نفقة الزوجة حال قيام النكاح غير مقيّدة بمدة محدّدة، إذ تجب لها ما دام النِكاح قائماً، وقد أشار إلى هذا التشابه بين النفقتين صاحب «مغني المحتاج» إذ قال: «ونفقة العدّة مقدّرة كنفقة زمن النكاح من غير زيادة ولا نقص، لأنها من توابعه. .»[11607].

(١١٦٠٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧٣.

(١١٦٠٦) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥-٢٠٦، «المبسوط» ج٦، ص٣٣، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٩٧-٢٩٨.

(١١٦٠٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤١.

وأما ما جاء في «الدر المختار» وهو: «وتجب ـ أي النفقة لمطلقة الرَّجعي والبائن والسكنى والكسوة إن طالت المُدَّة»، فقد عَلَّق على هذا القول ابن عابدين ـ رحمه الله ـ فقال: «وقوله: إن طالت المدَّة» أشار إلى الاعتذار عن محمد ـ صاحب أبي حنيفة ـ حيث لم يذكر الكسوة، وذلك لأن العِدّة لا تطول غالباً، فيستغنى عنها حتى لو احتاجت إليها لطول المدّة كممتدّة الطُّهر يجب لها الكِسوة»[١١٦٠٨].

٩٥٨٧ ـ كيف تستوفي الحامِل المطلّقة بائناً نفقتها؟

نفقة المطلقة بائناً وهي حامل واجبة لها على مُطلِّقها مدَّة عدَّتها، وهي وضع الحمل كما ذكرنا ذلك من قبل، ولكن كيف تستوفى نفقتها؟

قال الشافعية: «لا يجب على الزوج دفع النفقة للحامل قبل ظهور الحمل، سَواء أجعلنا النفقة لها أو للحمل، لأننا لم نتحقق سبب وجوب النفقة، فإذا ظهر حملها ببيِّنة، أو اعتراف الزوج، أو تصديقه لها، وجب دفع النفقة لها يوماً بيوم، أي كل يوم لقوله تعالى: ﴿**وإنْ كُنّ أُوْلَات حَمْل فأنفقُوا عليهنَّ حتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [الطلاق: ٦]، ولأنها لو تأخرت إلى الوضع لتضررت.

وقيل لا يجب دفعها كذلك، بل حتى تضع حملها فتدفع لها جملة واحدة، لأن الأصل البَراءة من وُجُوب النفقة حتى يتيقن السبب ـ أي الحمل ـ والخِلاف مبني على أن الحمل يعلم أم لا؟ والأظهر أنه يُعلم»[١١٦٠٩].

وقال الحنابلة: يلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً، كما يلزمه دفع نفقة المُطلَّقة الرَّجعية، لأن الحمل يثبت بالأمارات، فتثبت أحكامه..»[١١٦١٠].

٩٥٨٨ ـ ادعاء المعتدَّة ظهور الحمل.

أ : إثباته بالبيِّنة:

إذا ادعت المطلقة بائناً ظُهور الحمل فأنكره الزوج فعليها البيِّنةُ، وتكفي فيها شهادات النساء، واشترط الشافعية لقبول هذه الشهادة أن تكون من أربع نسوة عدول، ولهُنَّ أن يشهدن بالحمل، وإن كان لدون ستة أشهر إذا عرفن ذلك[١١٦١١].

(١١٦٠٨) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٠٩.

(١١٦٠٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤١.

(١١٦١٠) «المغني» ج٧، ص٦٠٩.

(١١٦١١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤١.

وقال الحنابلة: تُقبل شهادة امرأةٍ واحدةٍ إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة، لأنها شهادةٌ على مالا يطَّلع عليه الرِّجال، فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة[١١٦١٢].

٩٥٨٩ ـ ب: تصديق الزوج لها بالحمل:

وإذا ادّعت الحَبل فصدَّقها الزوج المطلّق ودفع إليها نفقتها، فإن ظهر أنها حامل حقاً فقد استوفت حقّها، وإن تبيّن أنها غير حامل رجع عليها بما دفعه زائداً على ما تستحقه، إن كان طلاقُها رجعياً أو بائناً عند من يقول أن لها النفقة في الطلاق البائن، وبكل ما دفعه إن كان طلاقُها بائناً عند القائلين بعدم استحقاق المطلَّقة بائناً النفقة، كالحنابلة والشافعية، وهذا سواء كان ما دفعه إليها بحكم الحاكم أو بغير حكم الحاكم، لأنه دفعه على أنه واجب، فإذا تبين أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً، فتبيَّن أنه لم يكن عليه دين[١١٦١٣].

المطلب الرابع

مُسقطات نفقة العدَّة

٩٥٩٠ ـ أولاً: تسقط بما تسقط به نفقة الزوجة:

قال الشافعية: «وتجب لرجعية ـ أي لمطلَّقة رجعية ـ المؤمن نفقة وكِسْوة وغيرهما، ولا يسقط ما وجب لها إلا بما يسقُط به ما يجب للزوجة»[١١٦١٤].

٩٥٩١ ـ ثانياً: يسقط حقّ السكنى بالنُّشوز:

حق السكنى من جملة نفقة العدَّة كما ذكرنا من قبل، وهذا الحق تفقدُه المعتدَّة بنشوزِها فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «تجب سُكْنى لمعتدّة طلاقٍ ولو بائن إلا ناشزَة سواء كان ذلك ـ أي نُشوزها ـ قبل طلاقها أم في أثناء العدّة، فإنها لا سكنى لها في العدَّة، فإن عادت إلى الطاعة عاد حق السكنى لها. .»[١١٦١٥]. ويبدو لي أن نُشوزَ المعتدَّة يظهر في عدم مُلازمتها بيت العِدَّة فتخرج منه بلا عُذر مشروع، خلاف ما تقضي به أحكام العِدَّة.

٩٥٩٢ ـ ثالثاً: تسقط النفقة إذا كانت عرضاً في الخَلع:

وتسقط نفقة العدَّة إذا كانت عوضاً في الخلع، ولكن يبقى عليها واجب مُلازمة بيت العدّة،

(١١٦١٢) «المغني» ج٧، ص٦١٠.

(١١٦١٣) «المغني» ج٧، ص٦٠٩-٦١٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٠-٤٤١.

(١١٦١٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٠.

(١١٦١٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠١-٤٠٢.

فقد جاء في «البدائع»: «لو اختلعت بنفقة عدَّتها، فبعض مشايخنا قالوا: يباح لها الخروج بالنهار للاكتساب، لأنها بمعنى المتوفى عنها زوجها»، وبعضهم قال: لا يباح لها الخروج، لأنها هي التي أبطلت النفقة باختيارها، والنفقة حق لها فتقدر على إبطاله، فأما لزوم البيت وعدم الخروج منه فحق عليها، فلا تملك إبطاله»[11616].

٩٥٩٣ ـ رابعاً: سقوط السكنى بالخلع:

ويسقط حق السكنى للمعتدَّة إذا كان عوضاً في الخلع فقد قال الحنفية: ولو اختلعت على أن لا سكنى لها، فإن مؤونة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، ولا يحل لها الخروج من بيت العِدَّة[11617].

٩٥٩٤ ـ تعقيب ابن الهُمَام على سُقُوط النَفقة والسكنى بالخَلْع:

قال الإمام ابن الهُمام تعقيباً على ما قاله الحنفية من سقوط حق السكنى والنفقة في الخلع بأن جعلتهما الزوجة عِوَضاً في المخالعة، قال: «والحق أن على المُفتي أن ينظر في خصوص الوقائع، فإن علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج، أفتاها بالحِلِّ، وإن علم قُدرتها أفتاها بالحُرْمة، أي بحرمةِ الخروج من بيت العدَّة»[11618].

٩٥٩٥ ـ خامساً: سقوط نفقة الحمل بالخلع:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «إذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من نفقة حملها وكَفالته، لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تَفْطُمه»[11619].

٩٥٩٦ ـ سادساً: سقوط النفقة بمضي مدّة العدّة:

وتسقط النفقة بمضي العدّة إذا لم تقبضها، ولم تكن مقضياً بها من قبل القاضي ولا بالتراضي عليها من قبل المعتدَّة ومُطلِّقها. وأما إذا كان مقضياً بها أو حصل تراضٍ عليها ومستدانة بأمر القاضي أو بأمر المُطلِّق، فلا تسقط النفقة.

وإذا لم تكن مستدانة بأمر أحدِهما فقد اختلف الأحناف في ذلك، فمنهم من قال: تسقط، ومنهم من قال: لا تسقط، لأنها صارت ديناً بالذمة بحكم القاضي أو بالتراضي، وهذا كلّه عند الحنفية[11620].

(١١٦١٦) «البدائع» ج٣، ص٢٠٥.

(١١٦١٧) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٩٧.

(١١٦١٨) «فتح القدير» ج٣، ص٢٩٧.

(١١٦١٩) «المغني» ج٧، ص٦١٠.

(١١٦٢٠) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦١٠، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٥٨.

وقولهم في هذه النفقة ـ نفقة العدّة ـ مثل قولهم في نفقة الزوجة، وما تسقط به إذا لم تقبضها الزوجة.

ويبدو لي أن غير الحنفية الذين يرون أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة بل تبقى ديناً في ذمة الزوج كالشافعية، يقولون هذا القول في نفقة العدّة، فلا تسقط إلا بالأداء من الزوج أو بالإبراء من الزوجة أو من المعتدّة فلا تسقط بمضي المدَّة، لأن نفقة العدَّة مثل نفقة الزوجة، وإنما يختلفان في أن نفقة العدَّة محدودة بوقت محدد هو زمن العدّة، بينما نفقة الزوجة غير محددة بزمن محدد وإنما تبقى ببقاء النكاح.

٩٥٩٧ ـ سابعاً: سقوط النفقة بانقضاء العدّة:

العدّة هي سبب وجوب النفقة للمعتدّة، فإذا انقضت العدّة انعدم سبب وجوب النفقة فتسقط.

الباب الرابع

أحكام الأولاد وما يتعلق بهم

٩٥٩٨ - تمهيد

من ثمرات الزواج المقصودة شرعاً إيجاد النسل، أي الأولاد من الذكور والإناث. وما كان مقصوداً شرعاً كان مرغوباً فيه شرعاً، وأقل درجات ما ترغب فيه الشريعة أن يكون من مستحباتها، وهكذا ايجادُ النسل من الأولاد هو بالتأكيد من مستحبات الشريعة.

والشأن في المسلم أن يحب ما تحبه الشريعة، ويرغب فيما ترغب فيه الشريعة، فيسره أن تلد له زوجته ولداً، ويسره أن يُبشَّر بهذا المولود الذي رزقه الله إياه ذكراً كان أو أنثى.

والمولود الجديد يضع له جملة أمور جاءت بها شِرعةُ الإسلام، كالأذان في أُذنِه، واختيار اسمٍ له، وتحنيكه وذبح عقيقةٍ له، وغير ذلك مما سنبيّنه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والأولاد منذ ولادتهم تثبت لهم حقوق على والديهم كالرَّضاعة والحضانة كما تثبت عليهم واجبات معيَّنة يندرج فيما يُسمَّى في الشرعه (بِرُّ الوَالِدَين).

ثم إن هؤلاء الأولاد تنشأ فيما بينهم قرابات معينة، كما تنشأ فيما بينهم وبين غيرهم من أقـارب والديهم قرابات معينة، فمن الأولى القرابة المحرميّة قبل قرابة الأخوة والأخوات، ومن الثانية القرابة غير المحرميّة مثل قرابة أبناء العُمومة والخُؤُولةِ. ويترتب على نشوء هذه القرابات على اختلاف أنواعها حقوقٌ وواجباتٌ بين أطراف هذه القَرابات.

والأولاد وهم صِغار لا يستطيعون التصرف فيما لهم من حقوق، وقد يبلغون ويبْقون عاجزين عن التصرف بحقوقهم، فلهذا كان في الشريعة الإسلامية نظام الحَجْر والوَلايَةُ عليهم لمصلحتهم ودرء الأضرار عنهم.

٩٥٩٩ - منهج البحث:

وبناءً على ما تقدم، وتسهيلاً للبحث، وتنظيماً لمواضيعه، نقسم هذا الباب إلى فصول على النحو التالي:

الفصل الأول ـ البُشارة بالمولود.

الفصل الثاني ـ ما يُصْنعُ للمولود.

الفصل الثالث ـ ثبوت النَسَب.

الفصل الرابع ـ دين الأولاد.

الفصل الخامس ـ الرَّضاعة.

الفصل السادس ـ الحَضَانة.

الفصل السابع ـ كَفَالة الأولاد (ضمهم إلى من لهم الوَلَاية على النفس).

الفصل الثامن ـ تربية الأولاد وكيفية مُعَاملتهم.

الفصل التاسع: النفقة بين الأولاد والوالدين وسائر الأقارب.

الفصل العاشر: بِرّ الوالدَيْن.

الفصل الحادي عشر ـ صلَةُ الرّحم.

الفصل الثاني عشر ـ الحجْر والوَلاَيَة.

الفصل الأول
البشارة بالمولود

٩٦٠٠ ـ معنى البِشارة:

قال ابن منـظور رحمه الله: البِشارة ما بشرت به. والبشارةُ المُطْلقةُ لا تكون إلا بالخير. وبشَّرت الرجل أبشره إذا أفرحته.

وقال الزَّجّاج: معنى يبشرك أي: يسُرُّك ويُفْرِحُك[11621].

وقال الرازي في تفسيره: البِشَارة هي الخبر الذي يُظْهر السرور[11622].

وقال الآلوسي في تفسيره: وأصل البشارة الأخبار بما يسرُّ[11623]. ومن هذه التعاريف يعرف أن البشارة تعني الإخبار بما يُفْرِح ويسرُّ.

٩٦٠١ ـ معنى البشارة بالمولود:

وعلى أساس معنى البشارة يمكن القول بأن البشارة بالمولود تعني إخبارُ الوالد بأن زوجته ولدت مولوداً باعتبار أن إخباره بذلك يسُرُّه ويُفرحهُ، وكذلك يَدْخُلُ في مفهوم البشارة بالولد إخبار المرأة بأنها وَلَدَت مولوداً باعتبار أن هذا الإخبار يسرُّها ويُفرحها.

٩٦٠٢ ـ التهنئة بالمولود والفَرْق بينها وبين البِشارَة به:

البشارة بالمولود تعني ما ذكرناه، وتكون عادة عند ولادة الزوجة، ويبشر بها الزوج، فإذا فاتت لفوات أوانها استحبت (التهنئة). والفَرْق بينهما أن (البشارة) إعلام العبد بما يسُرُّه، وفي بحثنا إعلام الوالد بما يسرّه وهو: ولادَةُ زوجته.

أمـا (التهنئـة) فهي دعاءٌ للوالد بالخير وبهذا المولود بعد أن عَلِمَ بولادته[11624]، أو دعاء

(١١٦٢١) «لسان العرب» لابن منظور، ج٥، ص١٢٦-١٢٧.

(١١٦٢٢) «تفسير الرازي» ج٢، ص١٢٧.

(١١٦٢٣) «تفسير الألوسي» ج١٤، ص١٦٨.

(١١٦٢٤) «تحفة الودود بأحكام المولود» لابن القيم، اختصار جمال الدين عطية، ص١٣-١٤.

لوالدته بذلك، كأنه يقول له: بارك الله لك بما رزقك الله من ولد وجعله صالحاً، أو يقول ذلك لوالدته.

٩٦٠٣ ـ مدى مشروعية البشارة بمعناها العام:

قلنا إن البشارة بمعناها العام الإخبار بما يسرّ ويُفرح، فما مدى مشروعية البشارة على أساس أصل معناها هذا؟ والجواب على ذلك يختلف باختلاف أنواعها، أي باختلاف ما تتعلق به البشارة، فهناك البشارة المباحة، والبشارة المحظورة، والبشارة المستحبة.

٩٦٠٤ ـ أولاً: البشارة المباحة:

وتكون البشارة مُباحة إذا تعلقت بأمور مباحة، مثل بشارة الأب بنجاح ولده، أو بوصول بضاعته سالمة، أو بربح تجارته، أو بشفاء مريضه، أو بوصول قريبه من سفره، ونحو ذلك، فهذه بشارة مباحة، لأنها تتعلق بأمور مُباحة والسرور بها مُباح فالإخبار بها مُباح أيضاً، لأنها إخبار بوقائع وأحداثٍ مُباحة والسرور بها مُباحٌ.

٩٦٠٥ ـ ثانياً: البشارة المحظورة:

قد يفرح الإنسان بوقائع وأحداث محظورة شرعاً، سواء كان هذا الحظر على وجه الكراهة أو التحريم، كفرح الشخص وسروره بربحه أو بربح صديقه بالقِمار، أو بسروره بهزيمة أهل العَدْل أمام البُغاة، أو بهزيمة المسلمين أمام الكفار، ولا شك أن السرور بهذه الوقائع والأحداث محظور شرعاً، فالبشارة بهذه الوقائع لمن يفرح بها، هي بشارة محظورة لا تجوز، لأنها إعانة على السرور المحظور بها، ولأنها تدل على أن حامل هذه البشارة يَسرّه ما وقع وحدث مما يكرهه الإسلام ولا يُحبُّه، لأن الشأن بالمسلم أن لا يأكل الحرام كالربح في القِمار ولا يفرح إن حصل له أو لغيره مثل هذا الربح المحرّم، كما أن الشأن بالمسلم أن يحزن ولا يفرح لهزيمة المسلمين أمام الكفار، فإذا كان يسرّه ذلك، فالبشارة له بما حصل إيقاع له بالحرام، ومُعَاونةٌ على الوقوع بالحرام، فتكون البشارةُ به محظورة.

٩٦٠٦ ـ ثالثاً: البشارةُ المُستحبَّة:

وهي التي تتعلق بأمور الدين التي يحبها الشرع ويتعلق بها الثواب، ويفرح بها المسلم، لأن الشأن بالمسلم أنه يسره ويُفرحه وقوع وحدوث ما يحبه الشرع من أمور الدين، سَواء كانت خاصة بالمسلم وحده، أو كانت تتعلق بعموم المسلمين، كالرؤيا الصالحة يراها المسلم لأخيه المسلم ويبشره بها، ومثل بشارة الأب بحفظ ولده القرآن الكريم؛ لأن حفظ القرآن مما يحبه الإسلام ويُرغّب فيه، والمسلم يسره ما يحبه الإسلام، فالشأن بالأب المسلم أن يسرّه حفظ ولده

القرآن، فالبشارةُ له بذلك بشارة مستحبة، ومثل انتصار المسلمين على الكفار، فإن هذا الحدث العظيم يسرّ كل مسلم، فقيام المسلم بالبشارة به لولي الأمر، أو لعموم الناس هي بشارة مستحبة.

٩٦٠٧ ـ من البشارات القديمة المستحبة:

قال الله تعالى: **﴿لقدْ تَابَ الله علىٰ النَّبيّ والمُهاجرينَ والأنْصار الَّذينَ اتَّبعوه في سَاعة العُسْرة مِنْ بعد ما كاد يزيغُ قُلوبُ فريق منهم، ثم تاب عليهم، إنه بهم رؤُف رحيم، وعلى الثَّلاثة الذِينَ خُلِّفوا حتى إذا ضاقتْ عليهم الأرض بما رَحُبَتْ وضاقتْ عليهم أنفُسهم، وظنّوا أن لا مَلْجَأ من الله إلا إليه، ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم﴾**[١١٦٢٥].

٩٦٠٨ ـ بشارة الثلاثة الذين خُلِّفوا بتوبة الله عليهم:

قال مجاهد وغيره، نزلت هذه الآية في غزوة تبوك، وذلك أن النبي ﷺ ومن معه من المهاجرين والأنصار خرجوا إلى غزوة تبوك في شِدّة من الأمر في سنة مُجْدِبَة وحَرّ شديد وقلة من الزّاد والماء، وقد تخلف عن هذه الغزوة من تخلّف من المنافقين، وقد تخلّف عنها ثلاثة من خِيار المسلمين، وهم: كَعبُ بن مالك، ومَرارَة بن الرَّبيع، وهِلالُ بن أُميَّة.

فلما رجع رسول الله ﷺ من غزوة تبوك جاء المتخلفون عن الغزوة يعتذرون لرسول الله ﷺ، فيقبل علانيتهم ويستغفر لهم، ويكل سرائرهم إلى الله تعالى.

وجاء كعب بن مالك فقال: والله يا رسول الله ما كان لي من عُذْر في تخلفي عنك، فقال رسول الله ﷺ: أما هذا فقد صدق، فقم حتى يقضي الله فيك.

وجاء الآخران، مرارة بن الربيع وهِلالُ بن أُمية، وقالا لرسول الله ﷺ مثلَ ما قال كعب، وقال لهما رسول الله ﷺ مثل ما قال له.

وقد نهى رسول الله ﷺ عن كلام هؤلاء الثلاثة، وبعد مضي أربعين ليلة على ذلك أمر رسول الله ﷺ بأن يعتزل هؤلاء الثلاثة زوجاتِهم فلا يقربُوهُنَّ، وبعد مضي خمسين ليلة على هذه الحال جاء الفرج[١١٦٢٦].

قال كعب: «ثم صلَّيت صلاة الصبح صباحَ خمسين ليلة على ظهر بيت من بيوتنا، فبينا أنا جالس على الحال التي ذكر الله تعالى بنا، قد ضاقت عليَّ نفسي، وضاقت عليَّ الأرض بما رحُبت، سمعتُ صارخاً يقول بأعلى صوته: أَبشر يا كعبَ بنَ مالك. فخررتُ ساجداً لله، وعرفت

(١١٦٢٥) [سورة التوبة، الآيتان ١١٧، ١١٨].

(١١٦٢٦) «تفسير ابن كثير» ج٣، ص٣٩٧ـ٣٩٨.

أن قد جاء الفَرَج من الله عز وجل بالتوبة علينا، فأذّن رسول الله ﷺ بتوبة الله علينا حين صلّى الفجر، فذهب الناس يُبشِّروننا، وذهب قِبَلَ صاحبَيَّ مُبشِّرون.

فلما جاءني الذي سمعتُ يُبشِّرُني نزعت له ثوبيَّ فكسوْتُهُما إياه ببشارَته، والله ما أملك غيرَهُما، واستعرْتُ ثوبين فلبستُهُما، وانطلقت إلى رسول الله ﷺ، فتلقّاني النَّاسُ فوجاً فوجاً يُهنِّئوني بتوبة الله، يقولون: لِيهنِك توبةُ الله عليك، حتى دخلتُ المسجدَ، فإذا رسول الله ﷺ جالسٌ في المسجد والناسُ حوله، فقام إليّ طلحةُ بنُ عُبيد الله يُهرول حتى صافحني وهنَّأني..»[11627].

٩٦٠٩ ـ وجه الدلالة بقصة الثلاثة الذين خُلِّفوا:

ووجه الدلالة بقصة الثلاثة الذين خُلِّفوا وما جرى لهم وتوبة الله عليهم، أن المسلمين بشّروهم بتوبة الله عليهم، لأن توبة الله عليهم مما يسرُّهم ويسرُّ إخوانهم المسلمين، فالبشارَة بها بشارةٌ محمودةٌ مستحبةٌ، ولهذا فعَلهَا أولئك الطيبون من صحابة رسول الله ﷺ، فُرادى وجماعاتٍ. مما يدل على استحباب البشارة بأمور الدين التي تسرُّ المسلم والمسلمين.

٩٦١٠ ـ البِشارة بنصر المسلمين على الكافرين:

ومن البشارات القديمة المستحبة البشارةُ بنصر المسلمين على الكافرين، فهذا النصر مما يفرح له المسلمون، لأن فيه إعلاءً كلمةِ الله، وطريقه ووسيلته الجهاد، وهو ما يدعو إليه الإسلام ويحبه ويحث عليه.

ومن هذه البشاراتِ بنصر المسلمين بشارةُ سعدِ بن أبي وقاص لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب بنصر الله له وللمسلمين في معركة القادسية، فقد قال الإمام ابن كثير في أخبار هذه البشارة: «وكتب سعد بن أبي وقاص إلى عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ يخبره بالفتح، وبعدد من قُتلوا من المشركين، وبعدد من قُتل من المسلمين، وبعث بالكتاب مع سعد الفزاريِّ، وكان من جملة ما جاء في كتاب سعد إلى عمر: وأُصيب من المسلمين سعد بن عبيد، وفلان وفلان، ورجال من المسلمين لا يعلمهم إلا الله، فإنه بهم عالم كانوا يَدْوُون بالقرآن إذا جنّ عليهم الليل كَدَوِيِّ النَّحْل، وهم آساد في النهار لا تشبهم الأُسود، ولم يفضل من مضى منهم من بقي إلا بفضل الشهادة إذا لم تكتب لهم.. ثم إن عمر قرأ هذه البشارَة على الناس فوق المنبر ـ رضي الله عنهم ـ»[11628].

(١١٦٢٧) «تفسير ابن كثير» ج٣، ص٣٩٨، «زاد المعاد» ج٣، ص١٢.

(١١٦٢٨) «البداية والنهاية» لابن كثير، ج٧، ص٤٦.

٩٦١١ ـ البشارة بالمولود مستحبة:

وإذ قد عرفنا أن البِشارات منها المُبَاحة ومنها المحظورة ومنها المستحبة، وذكرنا بعض الأمثلة من البشارات القديمة المستحبة في تاريخ الإسلام والمسلمين، فإننا نقول مطمئنين: إن البشارة بالمولد مستحبة شرعاً، ووجه استحبابها أن في ولادة المولود تكثير لعدد المسلمين، وهذه شيء يحبه الإسلام ودعا إليه رسول الله ﷺ، فتكون البِشارة مُسْتحبة، ونذكر فيما يلي ما يدل على استحباب البشارة بالمولود من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

٩٦١٢ ـ أدلة استحباب البشارة بالمولود:

أولاً: من القرآن الكريم:

أ ـ قال تعالى: **﴿ولقد جاءتْ رُسلنا إبراهيم بالبشرى قالوا سلاماً، قال سلام فما لبث أن جاء بعجْلٍ حنيذ، فلما رأى أيديهم لا تصل إليه نَكِرَهم وأوجس منهم خيفة، قالوا لا تخف إنـا أرسلنـا إلى قوم لوط. وامـرأتـه قائمـة فضحكت فبشـرنـاهـا بإسحـاق ومن وراء إسحاق يعقوب﴾**[١١٦٢٩] [هود: ٦٩-٧١].

وجاء في تفسيرها: إن الملائكة الذين أرسلهم الله تعالى إلى قوم لوط مروا بإبراهيم وبشروه بالولد، وإن زوجة إبراهيم (سارة) تمنت أن يكون لها ابن، وكانت قد يئست من ذلك لِكِبَرِ سِنّها فبشرت بولد هو إسحاق وبإبن إسحاق وهو يعقوب.

فكان هذا بشارة لها أن ترى ولدها ولَدَ وَلدها»[١١٦٣٠].

ب: وقال تعالى في بشارة إبراهيم عليه السلام بالولد: **﴿هَلْ أتاك حديثُ ضيف إبراهيم المُكْرَمين، إذ دخلوا عليه فقالوا سلاماً، قال سلام قوم مُنكرون فَراغَ إلى أهله فجاء بعجل سمين فقرَّبه إليهم، قال ألا تأكلون، فأوجس منهم خِيفةً، قالوا لا تَخف وبشَّروه بغلام عليم﴾**[١١٦٣١] [الذاريات: ٢٤-٢٨].

وجاء في تفسير قوله تعالى: **﴿فَبَشَّرُوه بغلام عليم﴾** أي بشروه بولد يولد له من (سارة) زوجته[١١٦٣٢].

(١١٦٢٩) [سورة هود الآيات من ٦٩-٧١].

(١١٦٣٠) «تفسير القرطبي» ج٩، ص٦٢، ٦٩.

(١١٦٣١) [سورة الذاريات، الآيات من ٢٤-٢٨].

(١١٦٣٢) «تفسير القرطبي» ج١٧، ص٤٦.

جـ ـ وقال تعالى: ﴿يا زكريا إنا نُبشِّرُك بغلام اسمه يحيى لم نجعل له من قبلُ سَمِيًا﴾[11633] [مريم: ٧].

٩٦١٣ ـ دلالة هذه الآيات على البشارة بالمولد:

فهذه الآيات الكريمة فيها تصريح بوقوع البِشارة لرسول الله إبراهيم عليه السلام، ولزكريا عليه السلام، ولزوجة إبراهيم (سارة) بما سيرزقهم الله تعالى من أولاد، وإنما بُشِّروا بذلك لأن هذه البشارة تسُرّهم وتُفرحُهم. فدلّ على أن البِشارة بالمولود مُسْتحبّة، ولا يقال إن هذه البشارة كانت قَبْلَ الولادة وقبل حُصول المولود، لا يقال هذا لأن ما يخبر الله بوقوعه هو والواقع فعلاً سواء.

فالبشارة إذن بالمولود مستحبة.

٩٦١٤ ـ ثانياً: من السنة النبوية المُطَهَّرة:

أ : أخرج أبو داود في سُننه عن مَعقل بن يَسار قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات جمال وحسب، وإنها لا تَلِد أفأتزوَّجُها؟ قال: لا، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة فقال ﷺ: تزوجوا الودود الولود فإني مُكَاثِر بكم الأُمم»[11634].

ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف أن الإسلام يرغب في النَّسل، ويحرص في تحقيق الغرض المهم من الزواج وهو إيجاد الذرية لتكثير عدد المسلمين.

فولادة المولود شيء مرغوب فيه شرعاً ومحبوب شرعاً، والشأن في المسلم أن يرغب فيما ترغب فيه الشريعة الإسلامية، ويحب ما تحبه ويسرُّه ويفرحُه أن يحصل هذا المحبوب، وهو ولادة المولود، فالبشارة به مُستحبة لتعلقها بما يحبه الشرع ويُحبه المُبشَّر به.

ب : وفي «صحيح مسلم»: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلا من صَدَقة جارية، أو عِلْم يُنتفع به أو ولد صالح يدعو له»[11635]. ووجه الدلالة بهذا الحديث أن الولد الصالح ما يحرص على وجوده الزوج المسلم لينتفع بدعائه بعد موته، والولد يشمل الذكر والأنثى، وولادته هو من لوازم هذا النفع المرجو لوالديه، فولادة الولد حَدَث يسرّ والديه ويفرحهُما لما يرجوانه من صلاحه ودعائه، فتكون البشارةُ به بشارة بأمر مرغوب فيه شرعاً، فتكون مستحبّة.

(11633) [سورة مريم، الآية ٧].

(11634) «سنن أبي داود» ج٦، ص٤٧.

(11635) «مختصر صحيح مسلم» للمُنْذِري، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، ج٢، ص٢٤.

٩٦١٥ - ثالثاً: الذرية الصالحة تَسُرُّ الوالدين:

والذرية الصالحة تسر الوالدين وهي مما يدعو المسلم إلى تحصيلها وأرشد الإسلام إلى مثل هذا الدعاء، فيكون وجودها شيئاً مرغوباً فيه شرعاً فتكون البشارة بحصول المولود أمراً مرغوباً فيه ومستحباً، لأنه من لوازم الذرية الصالحة ولادة المولود، ولهذا مدح الله الذين يدعونه ليرزقهم الذرية الصالحة قال تعالى: **﴿والَّذينَ يَقُولونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أزواجِنا وذريّاتنا قُرَّة أعين واجعلنا للمتقينَ إماماً﴾**(١١٦٣٦) [الفرقان: ٧٤].

قال الإمام الرازي في تفسير هذه الآية: إنه لا شبهة في أن المراد هو أن يكونوا قرة أعين لهم في الدين لا في الأمور الدنيوية، فهم سألوا أزواجاً وذرية في الدنيا يشاركونهم في التمسك بطاعة الله تعالى، فيقوى طمعهم في أن يكونوا معهم في الجنة فيتكامل سرورهم في الدنيا بهذا الطمع، وفي الآخرة عند حصول الثواب»(١١٦٣٧).

٩٦١٦ - البشارة بالمولد تشمل الذكر والأنثى:

والبشارة المستحبة بالمولود تشمل الذكر والأنثى، فإن ولادة كِلَيهما مما يسرُّ المسلم، لأن الله تعالى بعلمه وحكمته وقُدرته يهَبُ لمن يشاء الذُكور ويهبُ لمن يشاء الإناث. قال تعالى: **﴿للهِ مُلْك السموات والأرض يخلق ما يشاء، يَهَبُ لِمَنْ يَشاء إناثاً ويَهَبُ لمن يشاء الذكور. أو يزوجهم ذُكْراناً وإناثاً، ويجعل من يشاء عَقيماً إنه عليم قدير﴾**(١١٦٣٨)[الشورى: ٤٩].

ومعنى الآية الكريمة أن الله تعالى جعل الناس أربعة أقسام: فمنهم من يعطيه البنات فقط، ومنهم من يُعطيه البنين فقط، ومنهم من يُعطيه من النوعين ذكوراً وإناثاً، ومنهم من يمنعه هذا وهذا، فيجعله عقيماً لا نسل له ولا ولد إنه (عليم) أيّ إن الله تعالى عليم بمن يستحق كل قسم من هذه الأقسام (قدير) على ما يشاء من تفاوت الناس في ذلك(١١٦٣٩).

فعلى المسلم أن يرضى بما يرزقه الله تعالى من ذكور أو إناث أو يجمع له بين الصنفين، فإن الإنسان لا يدري أين يكون له الخير، أفي الذكور أم في الإناث، ثم إن الأنثى كالذكر، يمكن أن تكون من الصالحات، فتدعو لوالديها فينتفعان بدعائها بعد موتهما.

٩٦١٧ - المسلم لا يحزن إذا كان المولود أُنثى:

والشأن في المسلم أن لا يحزن إذا ولدت زوجته أُنثى، فإن الحُزْن لهذا الحَدث من صفات

(١١٦٣٦) [سورة الفرقان، الآية ٧٤].

(١١٦٣٧) «تفسير الرازي، ج٢٤، ص١١٤».

(١١٦٣٨) [سورة الشورى، الآية ٤٩، ٥٠].

(١١٦٣٩) «تفسير ابن كثير، ج٤، ص١٢١.

أهل الجاهلية التي ذمهم الله عليها، قال تعالى: ﴿وإذا بُشِّر أحدهم بالأُنثى ظَلّ وجهُه مُسْودّاً وهو كَظيم﴾[11640] [النحل: ٥٨].

وجاء في تفسيرها: «كان أهل الجاهلية قبل الإسلام إذا أُخبر أحدهم بأن زوجته ولدت أُنثى ظلّ وجهُهُ مسوداً وهو كظيم» أي مُتغيِّر، وهذا كناية عن غمِّه بولادة البنت، والعرب تقول لكل من لقي مكروهاً قد أسود وجهه غماً وحزناً (وهو كظيم) أي ممتلىء من الفم[11641].

وفي تفسير الآلوسي بصدد هذه الآية «والظاهر أن ذلك الغيظ على المرأة حيث ولدت أُنثى ولم تَلِدْ ذكراً، ويؤيده ما روى الأصمعي: أن امرأة ولدت بنتاً فهجرها زوجها.

قال الآلوسي: قد رأيت من طلّق زوجته لأنها ولدت الأُنثى»[11642]، فليحذر المسلم من التخلق بأخلاق الجاهلية فيحزن ويضيق صدره إذا ولدت زوجته أُنثى أو ينقلب غيظه على زوجته المسكينة فيطلقها أو يَهْجرها لأنها ولدت أُنثى كما حَصل في زمن الآلوسي، وفي زمن الأصمعي قَبْله.

٩٦١٨ ـ خطورة كراهة الإناث:

قلنا إن كراهة الأنثى والحزن لولادتها وكره الزوج لزوجته إذا ولدت أنثى، هذا كلّه من أخلاق الجاهلية، ولا يليق بالمسلم وقد أنعم الله عليه بالإسلام أن يتخلق بالقبيح من أخلاقهم، ويصنع صنيعهم إذا ولدت زوجته أُنثى.

وليعلم المسلم أنه بإصراره على كراهة الإناث وكراهة ولادَتهنّ قد يجرّه ذلك إلى كراهة زوجته، ثم إلى تطليقها دون ذنب ارتكبته، وقد يجرّه ذلك أيضاً إلى التسخط على الأقدار، ثم إلى الطعن في حِكْمة الله تعالى، وربما جَرَّه ذلك إلى وصف الله تعالى بالظلم ونحوه مما يقذفه الشيطان في قلبه ويزينه له من معاني الكفر والرِّدة عن الإسلام فينسلخ عن الإيمان والعياذ بالله تعالى، فليحذر المسلم ذلك كل الحذر، وأن يشكر الله على ما يرزقه من إناث أو ذكور.

٩٦١٩ ـ ما يساعد المسلم على عدم حزنه بولادة الأُنثى:

ومما يعين المسلم ـ إن شاء الله تعالى ـ على عدم حزنه لولادة الأُنثى، وما يجره ذلك إلى ما ذكرناه، أن يستحضر المسلم في قلبه ما يأتي:

٩٦٢٠ ـ أولاً: يتذكر ويتلو الآية الكريمة أو يستحضر معناها في قلبه إذا لم يحفظها وهي

(١١٦٤٠) [سورة النحل، الآية ٥٨].

(١١٦٤١) «تفسير القرطبي» ج١٠، ص١١٦.

(١١٦٤٢) «تفسير الآلوسي» ج١٤، ص١٦٨.

قوله تعالى: ﴿لله مُلك السموات والأرض، يخلقُ ما يشاء، يهبُ لِمَنْ يَشاء إناثاً ويهبُ لِمَن يشاء الذكور، أو يزوجهم ذُكْراناً وإناثاً، ويجعل من يشاءُ عقيماً﴾[11643] [الشورى: ٤٩].

فالأمر كله بيد الله فما شاء الله كان، وما لم يشأ لم يكن، فلا يجوز أن يتسخط على ما يرزقه الله تعالى وما يشاؤه له من ذكر أو إناث أو يجعله عقيماً، وهذا من أصول الإيمان والعقيدة الإسلامية.

٩٦٢١ ـ ثانياً: ليتذكر المسلم أحاديث رسول الله ﷺ ودلالتها وما ترشد إليه فمن ذلك:

٩٦٢٢ ـ الحديث الأول:

عن عائشة زوج النبيّ ﷺ قالت: «جاءتني امرأة ومعها ابنتان لها، فسألتني فلم تجد عندي شيئاً غير تمرة واحدة فأعطيتُها إياها، فَأخذتها فقسمتها بين ابنتيها، ولم تأكل منها شيئاً، ثم قامت فخرجت وابنتاها، فدخل عَلَيَّ النبيّ ﷺ، فحدَّثتهُ حديثها، فقال النبي ﷺ: «مَن ابتُلي من البنات بشيء فأحسن إليهن، كنَّ له سِتْراً من النار» رواه الإمام مسلم في صحيحه.

قال الإمام النووي في معنى قوله ﷺ: «من ابتلي من البنات بشيء» إنما سَمَّاه ﷺ ابتلاءً؛ لأن الناس يكرهون البنات في العادة»[11644]. فالإحسان إلى البنات وسيلة ميسورة للخلاص من النار، وهو على كل حال إحسان الرجل إلى بناته، ومع هذا الإحسان العائد نفعه عليهن وعليه في الدنيا نفع عظيم هو أنهن يَكُنَّ سِتْراً له من النار فلا يدخلها، فما أعظم بركَتِهِنَّ ونفعهن لآبائهن.

٩٦٢٣ ـ الحديث الثاني:

أخرج الإمام مسلم عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «من عالَ جاريتين حتى بلغا ـ أي وصلا سِنَّ البُلوغ ـ جاء يوم القيامة أنا وهو وضَمَّ أصابعه».

وقال النووي في شرحه لهذا الحديث: ومعنى عَالَهُما: قام عليهما بالمَؤونة والتربية ونحوهما[11645].

وأخرج هذا الحديث أيضاً الإمام الترمذي في جامعهِ عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «من عَالَ جاريتين دخلْتُ أنا وهو الجنة كهاتين، وأشار بإصبعيه» أي أشار بإصبعيه

(١١٦٤٣) [سورة الشورى، الآيتان ٤٩، ٥٠].

(١١٦٤٤) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٦، ص١٧٩.

(١١٦٤٥) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٦، ص١٨٠.

السبابة والوسطى، كما جاء في شرح هذا الحديث[11646].

فهذا الحديث فيه ترغيب شديد في تربية الإناث، وإن ثواب ذلك دخول الجنة مع رسول الله ﷺ والشأن في المسلم أن يحرص على الظفر بالجنة ومما يوصل إليها حسن تربية بنتين له، فهو ثمن بسيط لدخول الجنة يفرح له المسلم ويُسرُّ به، ومن لوازمِهِ أن تلد زوجته له من الإناث في الأقل اثنتين ليُحسن تربيتهما ويفوز بالجنة، وهذا يجعله يفرح كثيراً ويسرُّه كثيراً أن تلد زوجته الإناث.

٩٦٢٤ ـ ثالثاً: ويستحضر الوالدان في قلبيهما أنهما لا يعلمان أين يكون الخير لهما:

أفي اولادهِما الذكور، أم في أولادهما الإناث، فقد يسعدان بالبنات ويشقيان بالذكور، والله يعلم ونحن لا نعلم، وهو العليم الحكيم.

وقد قال الإمام الغزالي ـ رحمه الله تعالى ـ وهو يتكلم عن آداب الولادة: «وأن لا يكثر فرحه بالذكر وحُزنه بالأنثى، فإنه لا يدري الخيرة له في أيِّهما فكم من صاحب ابن يتمنى أن لا يكون له، أو يتمنى أن يكون بنتاً، بل السلامة فيهن أكثر، والثواب فيهن أجزل»[11647].

(١١٦٤٦) «تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي» ج٦، ص ٤٣-٤٤.

(١١٦٤٧) «إحياء علوم الدين» للإمام الغزالي، ج٢، ص٤٩.

الفصل الثاني

ما يصنع للمولود

٩٦٢٥ - تمهيد

إذا ولدت المرأة مولوداً ذكراً كان أو أنثى استحب أن يُؤذَّن في أُذنه حين ولادته، ثم يُصنع له وفي بدنه ما جاءت السُّنة باستحباب صُنعه أو الأمر به، ويُختار الاسم المناسب له وقد يُكنّى الوالدان باسم مولودهم.

٩٦٢٦ - منهج البحث:

وفي ضوء ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ما يصنع للمولود في بَدَنه وحين ولادته.

المبحث الثاني: تسمية المولود.

المبحث الثالث: الكُنْية والتَكني.

المبحث الرابع: العقيقة.

المبحث الأول

ما يُصنع للمولود في بَدَنِه وحين ولادته

٩٦٢٧ ـ تمهيد ومنهج البحث:

يُسنّ الأذان في أذن المولود وحين ولادته، كما يُسنّ تحنيكه وحلقه، ويباح ثقب أذن الأُنثى كما ويُسن خِتان المولود.

وعلى هذا نقسم هذا المطلب إلى مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الأذان في أذن المولود حين ولادته.
المطلب الثاني: الحَلق وثَقْب الأذن.
المطلب الثالث: التحنيك.
المطلب الرابع: الخِتَانُ.

المطلب الأول

الأذان في أذن المولود حين ولادته

٩٦٢٨ ـ الأحاديث النبوية في الموضوع:

أ : عن أبي رافع قال: رأيت رسول الله ﷺ أذّن في أذن الحسين حين ولدته فاطمة، بالصلاة» رواه الإمام أحمد[١١٦٤٨].

ب : وجاء في «سُبل السَّلام» للصنعاني: «روى أبو داود والترمذي أن النبيّ ﷺ أذّن في أُذن الحسن والحُسين حين وُلدا.

وروى الحاكم: «والمراد الأذن اليمنى»[١١٦٤٩].

(١١٦٤٨) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٥، ص١٣٦.

(١١٦٤٩) «سبل السلام بشرح بلوغ المرام» للصنعاني، ج٤، ص١٣٦.

جـ : وفي «زاد المعاد» لابن القيِّم: «ذكر أبو داود عن أبي رافع قال: رأيت النبيّ ﷺ أذَّن في أُذن الحسن بن علي حين ولدته أمه فاطمة بالصلاة»(11650).

٩٦٢٩ ـ استحباب الأذان في أذن المولود:

وفي ضوء ما تقدم، فمن السنة والمستحب شرعاً التأذين في أذن المولود حين ولادته، فيؤذن أبو المولود أو جدُّه أو غيرهما في أذن المولود اليمنى كما جاء في رواية الحاكم، وهذا الأذان هو الأذان المعهودُ للصلاة.

٩٦٣٠ ـ العمل بالتأذين في أُذن المولد وأنه من السُّنة:

أخرج الإمام الترمذي في جامعه: عن عبد الله بن أبي رافع عن أبيه قال: «رأيتُ رسولَ الله ﷺ أذَّن في أذن الحسن بن علي حين ولـدته أمه فاطمة للصلاة» قال الترمذي: هذا حديث صحيح، والعَمَل عليه(11651).

وجاء في شرحه: «وفيه دليل على سنيّة الأذان في أذن المولود، والمقصود بالأذان: الأذان للصلاة»(11652).

٩٦٣١ ـ الحكمة في الأذان في أذن المولود:

الحكمة في ذلك أن يكون أول ما يقرع سمعَ الإنسان كلمات الأذان المنتظمة لكبرياء الرَّب وعظمته، والشهادة التي هي أول ما يُدخل به في الإسلام، فكان ذلك كالتلقين له بشعار الإسلام عند دخوله إلى الدنيا، كما يُلقَّن كلمة التوحيد عند خروجه منها.

وأيضاً فإن الشيطان يهرب من كلمات الأذان، وقد كان الشيطان يرْصُدُه حتى يولد فيقارنه إمتحاناً من الله تعالى لعبده الذي قدره الله وشاءه، فيسمع هذا الشيطان القرين للمولود، هذا الأذان الذي يغيظه أول أوقات تعلقهِ به ومُقارنتهِ له(11653).

(١١٦٥٠) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٢، ص٤.

(١١٦٥١) «جامع الترمذي» ج٥، ص١٠٧ـ١٠٨.

(١١٦٥٢) «تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي» ج٥، ص١٠٧.

(١١٦٥٣) «مختصر تحفة الودود» ص١٤ـ١٥، «حجة الله البالغة» للدهلوي، ج٢، ص٧٢٩.

المطلب الثاني

الحلق وثقب الأذن

٩٦٣٢ ـ يُحلق رأس المولود ويتصدَّق بوزنهِ فضَّة:

من السنة حلق رأس المولود والتصدق بوزن شعره فضة، فمن الأحاديث الصريحة في ذلك ما يأتي:

٩٦٣٣ ـ الأحاديث في الحلق والتصدق:

أ : الحديث الأول:

أخرج الإمام الترمذي في جامعه: عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ قال: «عَقَّ رسول الله ﷺ عن الحسن بشاة، وقال: يا فاطمة احلقي رأسه وتصدَّقي بزنة شعره فضّة، فوزنته فكان وزنه درهماً أو بعض درهم»[١١٦٥٤].

ب : الحديث الثاني:

عن أبي رافع أن حسن بن علي رضي الله عنهما لما ولد أرادت أمه فاطمة رضي الله عنها أن تعقَّ عنه بكبشين، فقال رسول الله ﷺ: لا تعقّي عنه، ولكن احلقي شعر رأسه، فتصدقي وزنه من الوَرِق ـ أي الفِضّة ـ ثم وُلد حسين رضي الله عنه فصنعت مثل ذلك». رواه الإمام أحمد[١١٦٥٥].

قال الفقيه الشوكاني في تعليقه على هذا الحديث: أخرجه أيضاً البيهقي، ويشهد له ما أخرجه مالك وأبو داود في المراسيل والبيهقي من حديث جعفر بن محمد، زاد البيهقي عن أبيه ـ أي عن أبي جعفر بن محمد ـ عن جَدّه: أن فاطمة رضي الله عنها وزنت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم رضي الله عنهم فتصدّقت بوزنه فضّة».

وأخرجه الحاكم والترمذي من حديث محمد بن إسحاق، عن علي رضي الله عنه قال: «عقَّ رسول الله ﷺ عن الحسن شاة»، وقال يا فاطمة احلقي رأسه وتصدقي بزنة شعره فِضّة، فوزنّاه فكان وزنه دِرْهماً أو بعض درهم»[١١٦٥٦].

(١١٦٥٤) «جامع الترمذي» ج٥، ص١٨. .

(١١٦٥٥) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٥، ص١٣٦.

(١١٦٥٦) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٥، ص١٣٦-١٣٧.

٩٦٣٤ ـ حلق الرأس يشمل الذكر والأُنثى:

وحلق رأس المـولـود، وهـو من السنة النبوية، يشمل الذكر والأُنثى، كما جاء في رواية البيهقي التي ذكرها الشوكاني ونقلناها عنه في الفقرة السابقة.

وكذلك جاء في حلق رأس الأنثى في «مُوطأ الإمام مالك»، فقد جاء فيه: عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه أنه قال: «وزنت فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله ﷺ شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدّقت بزنةِ ذلك فِضّة»(١١٦٥٧).

٩٦٣٥ ـ وقت الحلاقة:

يبدو أن وقت حَلْق رأس المولود هو وقت ذبح العقيقة، وهو في اليوم السابع من ولادته، فقد أخرج أبو داود في سُننه، عن سَمرَةَ بن جُنْدب، أن رسول الله ﷺ قال: «كل غُلام رهينة لعقيقته تذبح عنه يوم سابعه، ويُحلق ويُسمّى»(١١٦٥٨).

٩٦٣٦ ـ تلطيخ الرأس بعد حلقه بالزعفران:

أخرج أبو داود في سننه عن عبدِ الله بن بُريدة، قال: سمعت أبي بريدة يقول: «كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ولَطّخ رأسه بدمها، فلما جاء الله بالإسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأسه ونُلطِّخه بالزَعفران».

وجاء في شرحه: فيه دليل على استحباب تلطيخ رأس الصبيّ بعد الحَلْق بالزعفران أو غيره من الخَلوق»(١١٦٥٩).

٩٦٣٧ ـ هل يُلطَّخ رأس الإُنثى بعد حَلْقه؟

وهـل يلطخ رأس الأنثى بعـد حَلْقـه بالـزعفران كما يُلطّخ رأس المولود الذكر بعد حَلْقه بالزعفران؟ الجواب: نعم ففي حديث الإمام مالك في الموطأ عن فاطمة أنها حلقت رأس ابنتها زينب وأم كلثوم، وكذلك رواه البيهقي.

ولا بد أن ذلك كان بعلم رسول الله ﷺ، فينبغي أن يُلطّخ رأسها بعد حلْقه بالزعفران، كما يُفْعل ذلك بالمولود الذكر.

٩٦٣٨ ـ ثقب أذن المولود:

(١١٦٥٧) «موطأ الإمام مالك» ج٢، ص٥٠١. (١١٦٥٨) «سنن أبي داود» ج٨، ص٣٨.

(١١٦٥٩) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٨، ص٤٥-٤٦.

يجوز ثقب أذن المولود إذا كان أنثى، نصّ عليه الإمام أحمد، كما ذكر ذلك الإمام ابن القيِّم، وقال: ونصّ ـ أي الإمام أحمد ـ على كراهته في حقّ الصبيّ[11660].

ووجه الفَرْق بين الأُنثى والذكر حيث يجوز ثقب أذن الأنثى ويكره في حق الذكر، أن الأنثى يُباح في حقِّها التزين، وتحتاج إليه وترغب فيه بطبيعتها، وقد أذن لها الشرع بذلك، ومن مواضع الزينة والتزين الأذن حيث يُعلَّق بها القِرْط والحُلّي المناسب لها، فكان الثقب في الأذن وسيلة لوضع الحلية فيها بتعليقها بها، والصبيّ لا يحتاج إلى ذلك، فلا حاجة لثقب أذنه.

المطلب الثالث

التحنيـــك

٩٦٣٩ ـ حديث البخاري ومسلم في تحنيك المولود:

أخرج البخاري ومسلم عن أبي موسى رضي الله عنه قال: ولد لي غلام فَأتيت به النبي ﷺ، فسمّاه إبراهيم وحنّكه بتمرة ودعا له بالبركة، ودفعه إليّ، وكان أكبر ولد أبي موسى»[11661].

٩٦٤٠ ـ شرح الحديث:

أ : شرح العسقلاني:

قال الإمام ابن حجر العسقلاني في شرحه لحديث التحنيك الذي ذكرناه، : والتحنيك مضغ الشيء ووضعه في فم الصبي ودَلْكِ حنكه به. يصنع ذلك بالصبي ليتمرن على الأكل ويقوى عليه. وينبغي عند التحنيك أن يُفتح فم المولود حتى ينزل إلى جوفه، وأَوْلاه التمر، فإن لم يتيسر تمر فرطب وإلا فشيء حلو، وعسل النحل أولى من غيره[11662].

ب : شرح النووي:

وقال الإمام النووي في شرحه لحديث التحنيك: اتفق العلماء على استحباب تحنيك المولود عند ولادته بتمر، فإن تعذّر فما في معناه وقريب منه من الحلو، فيمضَغُ المحنِّك التمرة حتى تصير مائِعةً، بحيث تُبتلع، ثم يَفْتَح فم المولود ويضعها فيه ليدخل شيء منها جوفه، فالتحنيك سُنّة بالإجماع[11663].

(١١٦٦٠) مختصر تحفة الودود في أحكام المولود» ص٢٧ـ٢٨.

(١١٦٦١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٥٨٧، و«صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١٢٥.

(١١٦٦٢) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ص٥٨٧.

(١١٦٦٣) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٤، ص١٢٤.

٩٦٤١ ـ وقت التحنيك ومن يقوم به:

دلّ الحديث الشريف الذي ذكرناه على أن التحنيك يكون يوم ولادة المولود، وهو ما ذكره الإمام النّووي في شرحه لهذا الحديث، ويستحب أن يقوم بالتحنيك رجل أو امرأة من الصالحين.

قال الإمام النووي في شرحه لحديث التحنيك وما يستفاد منه: (ومنها) أن يحنّكه صالح من رجل أو امرأة»[١١٦٦٤].

وفي «سبل السلام» للصنعاني: «وينبغي أن يكون المحنّك من أهل الخير ممن تُرجى بَرَكتُه»[١١٦٦٥].

المطلب الرابع

الخِتــــان

٩٦٤٢ ـ الخِتان مشروع في حق الذكور والإناث:

تكلمنا فيما سبق عن الختان باعتباره من سُنن الفِطرة، وبينّا أنه مشروع في حق الذكور والإناث، وأنه واجب في حق الذكور، ومكرمة في حق الإناث عند أكثر أهل العلم[١١٦٦٦].

٩٦٤٣ ـ وقت ختان المولود:

وإذا كان الخِتان مشروعاً، وأنه واجب في حق الذكر، فهل يُخْتتن المولود يوم ولادته أو في يوم سابعه، أم بعد ذلك في أي وقت يختاره أهل المولود؟ والجواب: ليس في هذا توقيت.

قال الميموني: سمعت أحمد بن حنبل يقول: كان الحسن يكره أن يختتن الصبي يوم سابعه.

وقال حنبل: إن أبا عبد الله ـ أي أحمد ـ قال: وإن خَتَن يوم السابع فلا بأس، وإنما كره الحسن اختتان الصبي يوم سابعهِ لئلا يَتَشبَّه باليهود، وليس في هذا شيء»[١١٦٦٧].

وعند الحنفية: ابتداء وقته المستحب من بلوغه سبع سنين إلى اثنتي عشرة سنة.

(١١٦٦٤) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٤، ص١٢٤..

(١١٦٦٥) «سُبُل السلام» للصنعاني ج٤، ص١٣٦.

(١١٦٦٦) الفقرة ٧١..

(١١٦٦٧) «زاد المعاد» ج٢، ص٤.

وقال بعضهم: يجوز بعد سبعة أيام من ولادته[11668].

٩٦٤٤ ـ وقت الختان متسع:

وعلى كل حال فوقت الخِتان متسع، فيجوز الخِتان في اليوم السابع من ولادة المولود، ويجوز بعد هذا الوقت، ولكن ينبغي أن يتم قبل بلوغ الصبيّ.

قال الإمام ابن القيِّم: «يجب على الولي أن يَخْتن الصبيّ قبل البلوغ بحيث يبلغ مختوناً»[11669]. وقد يكون التعجيل بالخِتان وإجرائه في الأيام الأولى من ولادته كاليوم السابع أولى من تأخيره لسرعة اندمال جرح الطفل؛ ولأن الخِتان شُرِع لمعاني التطهير والنظافة والصحة، فالتعجيل به يحقق هذه المقاصد في وقت مبكر.

٩٦٤٥ ـ وليمة الخِتان:

وإذا أقام أهل المولود وليمة طعام لمناسبة خِتان ولدهم، ودعوا إليها الأصدقاء والأقارب والجيران، فهل يستحب ذلك منهم؟ وهل تجب إجابة دعوتهم إلى هذه الوليمة؟.

٩٦٤٦ ـ قول الخرقي الحنبلي:

قال الإمام الخرقي الحنبلي في وليمة الخِتان والدعوة إليها وحكم الإجابة لهذه الدعوة، قال رحمه الله: «ودعوة الخِتان لا يعرفها المتقدمون، ولا على من دعي إليها أن يجيب وإنما وردت السنة في إجابة من دُعِي إلى وليمة تزويج»[11670].

٩٦٤٧ ـ قول ابن قدامة الحنبلي:

قال معقباً على قول الخرقي: يعني بالمتقدمين أصحاب رسول الله ﷺ: الذين يقتدى بهم وذلك لما رُوي أن عثمان بن أبي العاص دُعي إلى خِتان ـ أي وليمة خِتان ـ فأبى أن يجيب، فقيل له: لماذا؟ فقال: إنا كنّا لا نأتي الخِتان على عهد رسول الله ﷺ، ولا نُدْعى إليه» رواه الإمام أحمد بإسناده.

ثم قال ابن قُدامة: حكم الدعوة لوليمة الخِتان وسائر الدعوات غير وليمة العُرْس في الزواج، أنها مستحبة غير واجبة لما فيها من إطعام الطعام، وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه.

(١١٦٦٨) «الفتاوى الهندية» ج٥، ص٣٥٧.

(١١٦٦٩) «زاد المعاد» ج٢، ص٤.

(١١٦٧٠) «المغني» ج٧، ص١١.

وقال العنبري تجب إجابة كل دعوة، ومنها الدعوة إلى وليمة الخِتان لعموم الأمر بإجابة الدعوة دون تخصيص لوليمة الزواج، ولكن ابن قدامة قال: وجوب إجابة الدعوة، وردّ في إجابة الدعوة إلى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة وما عداها، فتستحب الإجابة إليها؛ لأن في الإجابة جبر قلب الداعي وتطييب قلبه، وقد دعي أحمد إلى وليمة خِتان فأجاب وأكل.

وأما حكم إقامة وليمة الخِتان في حق فاعلها، فليست لها فضيلة تختص بها لعدم الشروع بها، ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث، فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه، وإطعام إخوانه وبذل طعامه، فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى[١١٦٧١].

٩٦٤٨ ـ الراجح في وليمة الخِتان:

إن فعلها مباح، ويؤجر صاحبها بالقصد والنيّة، كما قال ابن قدامة الحنبلي، ولكن ينبغي أن لا يتكلف فاعلها مالا يستطيع من الإنفاق عليها، وأن لا يفعلها على وجه الفخر والمباهاة وطلب السُمْعة، وأن يدعو إليها الفقراء كما يدعو غيرهم، وأن يكون من أول المدعوين الأقارب والجيران ثم الأصدقاء، بالإضافة إلى الفقراء من هؤلاء ومن غيرهم، ومن يُدْعى إليها يستحب له الإجابة، إلا لعذر يمنعه من الإجابة.

(١١٦٧١) «المغني» ج٧، ص١١-١٢.

المبحث الثاني

تسمية المولود

٩٦٤٩ ـ بعض الأحاديث في تسمية المولود:

أ : أخرج الإمام البخاري رحمه الله، عن أبي موسى رضي الله عنه قال: «ولد لي غلام فأتيتُ به النبيّ ﷺ، فسمّاه إبراهيم، فحنّكه بتمرة، ودعا له بالبركة ودفعه إليَّ»(١١٦٧٢).

ب : وعن أنس بن مالك أن أمّ سُليم ولدت غلاماً، قالت: فقال لي أبو طلحة ـ زوجها ـ احفظه حتى تأتي به النبيّ ﷺ، وأرسلت معه بتمرات فأخذه النبي ﷺ... وحنّكه وسمّاه عبدالله»(١١٦٧٣).

٩٦٥٠ ـ وقت تسمية المولود:

أ : أحاديث تسميته حين ولادته:

وردت أحاديث فيها تسمية المولود حين ولادته دون تأخير تسميته إلى يوم السابع من ولادته، كما في الحديثين المذكورين في الفقرة السابقة. كما وردت أحاديث في التسمية في اليوم السابع.

ب : أحاديث تسميته في يوم سابعه:

أولاً: عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، أن النبي ﷺ، أمر بتسمية المولود يوم سابعه، ووضع الأذى عنه والعَقّ» رواه الترمذي(١١٦٧٤).

ثانياً: وعن سمرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «كل غلام مُرتهن بعقيقته، تُذبح عنه يوم سابعه ويُحلق ويسمّى»(١١٦٧٥).

(١١٦٧٢) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٥٨٧، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١٢٥.

(١١٦٧٣) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٥٨٧، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١٢٥.

(١١٦٧٤) «جامع الترمذي» ج٨، ص١٢١.

(١١٦٧٥) «بلوغ المرام من أدلة الأحكام» لابن حجر العسقلاني، وقال عنه رواه أحمد، ص٢٣٦.

٩٦٥٢ ـ ما يستفاد من الأحاديث في وقت تسمية المولود:

أولاً: التسمية في اليوم السابع:

يُستفاد من حديث عمرو بن شعيب أن تسمية المولود تكون في اليوم السابع من ولادته ولهذا قال شارح جامع الترمذي في شرحه لهذا الحديث: «فيه دليل على سنية تسمية المولود يوم سابعه . .»[١١٦٧٦].

وقال الشوكاني أيضاً في حديث عمرو بن شعيب: «فيه مشروعية التسمية في اليوم السابع»[١١٦٧٧].

ثانياً: التسمية يوم ولادَته:

وهذا يستفاد من حديث أبي موسى، وحديث أنس بن مالك، حيث جرت تسمية المولود يوم وِلادتـه، وقـد أشـار إلى هذا ابن حجـر العسقـلاني والنووي، فقد قال الإمام ابن حجر العَسقلاني في شرحه لحديث أبي موسى الذي أخرجه البخاري ومسلم: «ففيه تعجيل تسمية المولود، ولا ينظر بها إلى السابع، ثم قال: ويدل على أن التسمية لا تختص بالسابع ما تقدم في النكاح من حديث أبي أُسيد أنه أتى النبي ﷺ بابنه حين ولده فسماه المنذر»[١١٦٧٨]. وقال الإمام النووي في شرحه لحديث أنس: «وفي هذا الحديث فوائد (منها) جواز تسميته يوم ولادته»[١١٦٧٩].

٩٦٥٣ ـ اختيار البخاري وقت التسمية:

قال الإمام البخاري: تكون تسمية المولود غداة يولد، أي وقت ولادته، ولا تؤخر تسميته إلى يوم السابع من ولادته، وهذا بالنسبة للمولود الذي لا يعق عنه، أي لا تذبح عنه عقيقة.

أمـا بالنسبـة لمن تذبح عنه عقيقة، فتؤخر تسميته إلى اليوم السابع، وهذا اختيار الإمام البخاري، حيث قال في صحيحه: «باب تسمية المولود غداة يولد لمن لم يعق عنه»، ويؤيد اختياره أن من نقلت تسميتـه غداة ولادته، ولم تؤخر إلى اليوم السابع وهم: إبراهيم بن أبي موسى، وعبد الله بن أبي طلحة، وكذلك إبراهيم ابن النبي ﷺ، وعبدالله بن الزبير لم يُنقل أنه

(١١٦٧٦) «جامع الترمذي وشرحه تحفة الأحوذي» ج٨، ص١٢١.

(١١٦٧٧) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٥، ص١٣٥.

(١١٦٧٨) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٨٩.

(١١٦٧٩) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٤، ص١٢٤.

عَقّ عن أحد منهم.

أما من نقل أن تسميته كانت في اليوم السابع، فهذا في حق من عُقّ عنه. قال الإمام ابن حجر العسقلاني بعد أن ذكر اختيار البخاري في وقت التسمية، وما يؤيد هذا الاختيار، قال: «وهو جمع لطيف لم أره لغير البخاري»[11680].

٩٦٥٤ ـ أقوال الفقهاء في وقت تسمية المولود:

أولاً: قال الفقيه ابن حزم: «ويسمى المولود يوم ولادته، فإن أُخرت تسميته إلى اليوم السابع فحسن»[11681].

ثانياً: قال ابن قدامة الحنبلي: «ويستحب أن يحلق رأس الصبي يوم السابع ويسمى لحديث سَمرة. وإن سمّاه قبل السابع جاز، لأن النبي ﷺ قال: وِلِدَ لي الليلة غلام فسميته باسم أبي إبراهيم، وسمى ﷺ الغلام الذي جاء به أنس بن مالك فحنّكه وسمّاه عبدالله»[11682].

ثالثاً: وقال الإمام ابن القيم: «والتسمية لما كانت حقيقتها تعريف الشيء المسمى؛ لأنه إذا وجد وهو مجهول الاسم لم يكن له ما يقع تعريفه به، فجاز تعريفه يوم وجوده، وجاز تأخير التعريف إلى ثلاثة أيام وجاز إلى يوم العقيقة ـ أي يوم السابع من ولادته ـ ويجوز قبل ذلك وبعده»[11683].

٩٦٥٥ ـ القول الراجح في وقت التسمية:

أولاً: تجوز تسمية المولود يوم ولادته، ولا استحباب في تأخير التسمية إلى اليوم السابع من ولادته، لورود الأحاديث في تسميته في هذين الوقتين.

ثانياً: ومع هذا الجواز فالأولى تعجيل التسمية وإيقاعها يوم ولادة المولود، لأن أحاديث التسمية حين ولادته أصح، فتكون هي الأولى بالأخذ، ويكون القول بتعجيل التسمية يوم وِلادته هو القول الراجح، ومما يؤيد هذا الترجيح أن التسمية يراد بها التعريف بالمولود، وقد يموت في يوم ولادته أو بعده قبل السابع، وقد تكون قد ثبتت له أو عليه حقوق كالإرث له أو منه، فتكون تسميته قبل موته للتعريف به أولى من تأخيرها.

(١١٦٨٠) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٥٨٧ـ٥٨٨.

(١١٦٨١) «المحلى» ج٧، ص٥٢٣.

(١١٦٨٢) «المغني» ج٨، ص٦٤٦ـ٦٤٧.

(١١٦٨٣) «مختصر تحفة الودود» ص٥.

٩٦٥٦ ـ من يختار اسم المولود:

والد المولود أي أبوه هو الذي يُسمّي مولوده، وهذا هو الأصل. وقد يستحب له مشاورة والدته في اختيار الاسم تطييباً لخاطرها؛ ولأن المولود ولدها. ويستحب أن يفوض أمر اختيار التسمية إلى واحد من أهل الصلاح، رجلاً كان أو امرأة، لحديث أنس أن أم سُليم ولدت غلاماً، فأتى به أبوه إلى النبيّ ﷺ، فحنّكه وسمّاه عبدالله» قال الإمام النووي في تعليقه على هذا الحديث: «وفيه استحباب التسمية بعبد الله، واستحباب تفويض تسميته إلى صالح، فيختار له اسماً يرتضيه»[(١١٦٨٤)].

وقال الفقيه الشوكاني في هذا الحديث: «وفيه استحباب التسمية بعبدالله، واستحباب تفويض التسمية إلى أهل الصلاح»[(١١٦٨٥)].

٩٦٥٧ ـ ما يراعى في تسمية المولود:

ويراعى في تسمية المولود اختيار الاسم الحسن، والاسم المستحب شرعاً أو المباح التسمية به في الأقل، وترك الأسماء القبيحة أو المنهي عنها، أو التي تُكْره التسمية بها، لما فيها من تزكية للنفس، أو لغير ذلك من الأسباب الداعية إلى كراهة التسمية بها.

ويدل على هذه الضوابط في التسمية ما نذكره في الفقرات التالية من بيان الأسماء الحسنة، أو التي غيَّرها رسول الله ﷺ لقبحها، أو التي نهى عنها حتى لا يسمى الوالد مولوده باسم منها.

٩٦٥٨ ـ اختيار الاسم الحسن:

روى أبو داود في سننه عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسِنوا أسماءَكم»[(١١٦٨٦)].

ودلالة الحديث واضحة في اختيار الاسم الحسن للمولود، ولأنه لا كلفة في هذا الاختيار على الوالد، ولأن من حق الولد على والده أن يختار له اسماً حسناً.

٩٦٥٩ ـ أحب الأسماء إلى الله تعالى:

ويتخير الوالد من الأسماء المستحبة شرعاً، وقد ورد في أحب الأسماء إلى الله تعالى حديث الإمام مسلم الذي أخرجه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «إن أحب أسمائكم إلى الله

(١١٦٨٤) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٤، ص١٢٤.

(١١٦٨٥) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٥، ص١٣٧ـ١٣٨.

(١١٦٨٦) «سنن أبي داود» ج١٣، ص٢٩١.

عبدُالله وعبدُالرحمن»[11687].

قال الإمام النووي في تعليقه على هذا الحديث الشريف: «فيه التسمية بهذين الاسمين وتفضيلهما على سائر ما يسمى به»[11688].

وقال الإمام القرطبي: «يلتحق بهذين الاسمين ما كان مثلهما كعبدالرحيم وعبدالملك وعبدالصمد، وإنما كانت أحب إلى الله، لأنها تضمنت ما هو وصف واجب لله تعالى، وما هو وصف للإنسان وواجب له وهو العبودية، ثم أضيف العبد إلى الرب إضافة حقيقية فصدقت أفراد هذه الأسماء، وشَرُفَت بهذا التركيب، فحصلت لها هذه الفضيلة.

وقال آخرون: الحكمة في الاقتصار على هذين الاسمين أنه لم يقع في القرآن إضافة عبد إلى اسم من أسماء الله تعالى غيرهما، قال تعالى: ﴿وإنه لما قام عبدالله يدعوه﴾[الجن: ١٩]. وقال في آية أخرى ﴿وعباد الرَّحمٰن﴾ [الفرقان: ٦٣][11689].

٩٦٦٠ ـ وقال الإمام الدَّهلوي رحمه الله في تعليقه على هذا الحديث: «أحب الأسماء إلى الله تعالى عبدالله وعبدالرحمن».

قال رحمه الله: «اعلم أن أعظم المقاصد الشرعية أن يدخل ذكر الله في تضاعيف ارتفاقاتهم الضرورية ليكون كل ذلك ألسنة تدعو إلى الحق، وفي تسمية المولود بذلك إشعار بالتوحيد.

وإنما كان هذان الاسمان أحبَّ إلى الله من سائر ما يضاف فيه العبد إلى اسم من أسماء الله تعالى لأنهما أشهر الأسماء، ولا يُطْلَقان على غيره تعالى بخلاف غيرهما»[11690].

٩٦٦١ ـ وفي حديث للبخاري في صحيحه عن جابر، أن رسول الله ﷺ قال لرجل: سمِّ ابنك عبدالرحمن» وقد ذكر الإمام البخاري في هذا الحديث باب سماه بباب أحب الأسماء إلى الله عزَّ وجل[11691].

٩٦٦٢ ـ التسمية بأسماء الأنبياء والصالحين:

روى الإمام البخاري في صحيحه: عن جابر بن عبدالله الأنصاري، قال: قال رسول الله

(١١٦٨٧) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٣، وأخرجه أبو داود في سننه ج١٣، ص٢٩٢، والترمذي ج٨ ص١٢٢-١٢٣.

(١١٦٨٨) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٣.

(١١٦٨٩) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٥٧.

(١١٦٩٠) «حجة الله البالغة» للدهلوي ج٢، ص٧٢٩.

(١١٦٩١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٥٧٠.

ﷺ: «سموا باسمي ولا تكتنوا بكنيتي»[11692].

٩٦٦٣- وروى الإمام مسلم في صحيحه: عن المغيرة بن شعبة، قال: لما قدمت نجران سألوني فقالوا إنكم تقرأون: ﴿يا أخت هارون﴾ وموسى قبل عيسى بكذا وكذا، فلما قدمتُ على رسول الله ﷺ سألته عن ذلك فقال: إنهم كانوا يسمون بأنبيائهم والصالحين قبلهم» قال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث: «استدل به جماعة على جواز التسمية بأسماء الأنبياء عليهم السلام، وأجمع عليه العلماء، وقد سمّى النبيّ ﷺ ابنه إبراهيم، وكان في أصحابه خلائق مُسَمَّوْن بأسماء الأنبياء»[11693].

٩٦٦٤ - وروى الإمام أبو داود في سننه: عن أبي وهب الجَشميّ قال: قال رسول الله ﷺ: «سموا بأسماء الأنبياء، وأحب الأسماء إلى الله عبدالله وعبدالرحمن، وأصدقها حارث وهمام، و أقبحها حرب ومُرّة»[11694].

٩٦٦٥- الأسماء القبيحة والمُحَرَّمة:

أولاً: ذكرنا حديث أبي هريرة وفيه: «وأقبحها حَرْب ومُرَّةٌ».

وجاء في بيان سبب قُبْح هذين الاسمين: لما في (حرب) من البشاعة والمَكَارِهِ ومن (مُرّة) من المَرَارة، وكان ﷺ يحب الفأل الحسن والاسم الحسن[11695].

ثانياً: وفي صحيح البخاري: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أخنى الأسماء يوم القيامة عند الله رجل تسمى (ملك الأملاك)».

ورواه مسلم ولفظه: «إن أخنع اسم عند الله رجل تسمّى مِلِك الأملاك، ورواه الترمذي في جامعه[11696].

ومعنى (أخنى) أي أذل ومعنى (أخنع) أي أوضع.

وقد استُدِل بهذا الحديث على تحريم التسمي بهذا الاسم لورود الوعيد الشديد بحق من تسمى به. ويلحق به ما في معناه مثل سلطان السلاطين وأمير الأمراء، كما يلحق به التسمي

(11692) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٥٧٧.

(11693) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٦-١١٧.

(11694) «سنن أبي داود» ج١٣، ص٢٩٧.

(11695) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٣، ص٢٩٣.

(11696) «صحيح البخاري» ج١٠، ص٥٨٨، «صحيح مسلم» ج١٤، ص١٢١-١٢٢، «جامع الترمذي» ج٨، ص١٢٥.

بأسماء الله تعالى المختصة به كالرحمن والقدوس والمهيمن ونحوها[11697].

٩٦٦٦- الأسماء المكروهة كراهة تنزيه:

في حديث أخرجه الإمام مسلم عن سَمُرَة بن جُنْدُب جاء فيه: «.. ولا تُسَمِّين غلامك يَسَاراً ولا رَبَاحاً ولا نجيحاً ولا أَفْلَح، فإنك تقول أثَمَّ هو؟ فلا يكون، فيقول: لا».

وروى الإمام مسلم عن أبي الزبير، أنه سمع جابر بن عبدالله يقول: أراد النبي ﷺ، أن ينهى عن أن يسمّى بـ (يعلى) و (بركة) و (أفلح) و (يسار) و (نافع) ونحو ذلك، ثم رأيته سكت بعد عنها فلم يقل شيئاً، ثم قُبِضَ رسول الله ﷺ، فلم ينه عن ذلك، ثم أراد عمر بن الخطاب أن ينهى عن ذلك، ثم تركه».

وقال الإمام النّوويّ في شرحه لهذين الحديثين الشريفين: «قال أصحابنا بكره التسمية لهذه الأسماء المذكورة في الحديث وما في معناها، ولا تختص الكراهة بها وحدها، وهي كراهة تنزيه لا تحريم، و العِلّة في الكراهة ما بَيَّنَه النبيّ ﷺ في قوله: فإنك تقول: أثم هو، فيقول: لا. فكره لبشاعة الجواب، وربما أوقع بعض الناس في شيء من الطِّيَرَة.

وأما قول الراوي: أراد ﷺ، أن ينهى عن هذه الأسماء فمعناه أراد أن ينهى عنها نهي تحريم فلم ينه، وأما النهي الذي هو لكراهة التنزيه، فقد نهي عنه في الأحاديث الباقية[11698].

٩٦٦٧ - تغيير الاسم غير المرغوب فيه إلى غيره:

جاء في جامع الترمذي: عن عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ كان يغير الاسم القبيح[11699].

ونذكر فيما يلي بعض ما ورد في تغيير الأسماء:

٩٦٦٨- أولاً: ما جاء في صحيح البخاري في تغيير الأسماء:

قال الإمام البخاري: باب تحويل الاسم إلى أحسن منه. ثم ذكر البخاري في هذا الباب حديثين:

(11697) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٥٩٠، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١٢٣.

(11698) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٧-١١٩.

(11699) «جامع الترمذي» ج٨، ص١٢٤-١٢٥.

٩٦٦٩ ـ الحديث الأول: عن أبي أُسَيْد وقد جاء فيه أنه أتى بولده حين ولد إلى النبي ﷺ، وأن النبي ﷺ سألـه عن اسم الـولد، فقال أبو أسيد: فلان، فقال النبي ﷺ: ولكن أُسْمِهِ: المُنْذِر، فسمَّاه يومئذٍ المنذر».

قال الإمـام ابن حجـر في شرحـه لهـذا الحديث، وتعليقه على عنوان الباب الذي ذكره البخاري، قال ابن حجر: «هذه الترجمة ـ أي اسم الباب أو عنوانه ـ أخذه مما أخرجه ابن أبي شيبة من مرسل عروة: «كان النبي ﷺ إذا سمع الاسم القبيح، حوَّلَه إلى ما هو أحسن منه».

ثم قال ابن حجر: وقول النبي ﷺ عن الولد: (ما اسمه؟ فقال أبوه: فلان) فكأنه كان سماه اسماً ليس مستحسناً فسكت عن تعيينه، فلم يذكره واكتفى بالقول: فلان، أو سَمّاه ونسبه بعض الرواة، وقول النبي ﷺ: «ولكن أُسْمِه المنذر» أي ليس هذا الاسم الذي سمّيت به هو اسمه الذي يليق به، بل هو المنذر.

قال الدّاودي: سماه المُنْذر تفاؤلاً أن يكون له علم ينذر به»[١١٧٠٠].

٩٦٧٠ ـ الحديث الثاني للبخاري: أخرج البخاري (وأخرجه مسلم أيضاً) عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن (زينب) كان اسمها (برَّة) فقيل: تزكي نفسها. فسَمَّاها رسول الله ﷺ (زينب)[١١٧٠١].

٩٦٧١ ـ ما جاء في صحيح مسلم في تغيير الأسماء:

الحـديث الأول: الحديث الذي أخرجه البخاري أيضاً عن أبي هريرة وذكرناه في الفقرة السابقة فلا نعيده.

٩٦٧٢ ـ الحديث الثاني: أخرج الإمام مسلم عن ابن عباس، قال: كانت جويرية اسمها (بَرَّة) فحوَّل رسول الله ﷺ اسمها جُوَيرية»، وكان يَكْرَه أن يقال: خرج من عند (برة).

قال الإمام النووي في تعليقه على هذا الحديث وما في معناه من أحاديث أخرى: «معنى هذه الأحاديث تغيير الاسم القبيح أو المكروه إلى اسم حسن، وقد ثبتت أحاديث بتغييره ﷺ أسماءَ جماعة كثيرين من الصحابة، وقد بيَّن ﷺ العِلَّة في النوعين وما في معناهما، وهي التزكية ـ أي تزكية النفس ـ أو التَّطيّر»[١١٧٠٢].

(١١٧٠٠) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٥٧٤-٥٧٥.

(١١٧٠١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٥٧٥، «صحيح مسلم» ج١٤، ص١٢٠.

(١١٧٠٢) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٩-١٢١.

٩٦٧٣ ـ ما جاء في سنن أبي داود في تغيير الأسماء:

قال أبو داود في سننه: باب في تغيير الاسم القبيح، وذكر فيه الأحاديث التالية:

٩٦٧٤ ـ الحديث الأول:

عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ غَيَّر اسم (عاصية) وقال: أنتِ (جميلة)(١١٧٠٣)، ولعله لم يُسَمِّها (مُطِيعة) مع أنها ضد العاصية مخافة التزكية(١١٧٠٤).

٩٦٧٥ ـ الحديث الثاني:

وفي حديث أخرجه أبو داود جاء فيه أن النبي ﷺ، سأل رجلاً كان في النَّفَر الذي أَتَوْه فقال الرجل (أصرم)، فقال ﷺ: بل أنت (زُرْعة)(١١٧٠٥).

وجاء في شرح الحديث: معنى (أصرم) مأخوذ من الصُّرْم بمعنى القطع. ومعنى (زُرْعَة) مأخوذ من الزَّرْع، وهو مستحسن بخلاف أصرم لأنه منبىء عن انقطاع الخير والبركة فبادله به(١١٧٠٦).

٩٦٧٦ ـ الحديث الثالث:

قال أبو داود: وغيّر النبيّ ﷺ أسماء؛ العاص، عزيز، عتلة، شيطان، الحكيم، غراب، حباب، شهاب.

وجاء في بيان معاني هذه الكلمات، وتعليل تغييرها ما يأتي(١١٧٠٧).

(العاص) لأنه من العصيان، و(عزيز) لأنه من أسماء الله تعالى، و(عتلة) لأن معناه الغِلْظة والشِّدَة، (الحكيم) لأن الله هو الحكيم و (غراب) لأن معناه البعد، وقيل: لأنه أخبث الطيور لوقوعه على الجيف وبحثه عن النجاسات، و(حُبَاب) لأنه اسم الشيطان، ويقع على الحَيَّة أو نوع منها، و(شِهاب) لأنه شعلة نار ساقطة.

٩٦٧٧ ـ الحكمة في اختيار الاسم الحسن وتغيير القبيح:

وقد يقال ما وجه الحِكمة في اختيار الاسم الحسن وتغيير القبيح؟

(١١٧٠٣) «سنن أبي داود» ص٢٩٤، وأخرجه الترمذي في جامعه ج٨، ص١٢٧.

(١١٧٠٤) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج١٣، ص٢٩٤.

(١١٧٠٥) «سن أبي داود» ج١٣، ص٢٩٥.

(١١٧٠٦) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج١٣، ص٢٩٥.

(١١٧٠٧) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج١٣، ص٢٩٨.

والجواب: أن بعض الأسماء تحمل معنى تزكية النفس مثل اسم (برّة)، والإسلام ينهى المسلم أن يُزكي نفسه، قال تعالى: ﴿فلا تزكوا أنفسكم هو أعلم بمن اهتدى﴾ [النجم: ٣٢]. ولهذا جاء في الحديث الذي غيَّر فيه النبي ﷺ اسم (برة) إلى اسم (زينب) قوله ﷺ: «لا تُزَكوا أنفُسَكم، الله أعلم بأهل البرّ منكم». كما بيَّنا أسباب تغيير النبي ﷺ لبعض الأسماء، وهذه الأسباب تبيِّن وجه الحِكمة في تغييرها فلا نعيدها هنا.

٩٦٧٨ ـ وللإمام ابن القَيِّم كلام جيد في فقه هذا الباب وحِكمته ـ وهو باب اختيار الأسماء الحسنة وتغيير القبيحة، نذكر منه ما يأتي على طوله، فقد قال رحمه الله تعالى(١١٧٠٨): وقد أمر رسول الله ﷺ أمته بتحسين أسمائهم، وأخبر أنهم يُدْعَوْن يوم القيامة بها، وفي هذا والله أعلم تنبيه إلى تحسين الأفعال المناسبة لتحسين الأسماء لتكون الدعوة على رؤوس الأشهاد بالاسم الحسن والوصف المناسب له.

ولما كان الاسم مقتضياً لمسماه ومؤثراً فيه كان أحبُّ الأسماء إلى الله ما اقتضى أحب الأوصاف إليه، كعبدالله وعبدالرحمن.

ولما كان الملك الحق لله وحده، ولا ملك على الحقيقة سِواه كان أخنع اسم وأوضعه عند الله وأغضبه له (شاه ان شاه) أي ملك الملوك وسلطان السلاطين، فإن ذلك ليس لأحد غير الله، فتسمية غيره بهذا من أبطل الباطل، والله لا يحب الباطل.

ويلي هذا الاسم في الكراهة والقُبْح والكَذِب التسمية بـ (سيد الناس) و (سيد الكُل) وليس ذلك إلا لرسول الله ﷺ خاصة، كما قال ﷺ: أنا سيد ولد آدم ولا فخر.

ولما كان مسمى (حرب) و(المُرّة) أكره شيء للنفوس وأقبحها كان أقبح الأسماء (حرباً ومُرّة)، ولما كان الأنبياء سادات بني آدم، وأخلاقهم أشرف الأخلاق، وأعمالهم أشرف الأعمال، كان أسماؤهم أشرف الأسماء، فندب النبي ﷺ أمته إلى التسمي بأسمائهم، ولولم يكن في ذلك من المصالح إلا أن الاسم يذكر بمسماه، ويقتضي التعلق بمعناه، لكفى به مصلحة، مع ما في ذلك من حفظ أسمائهم وعدم نسيانها والتذكير بأوصافهم وأحوالهم.

وأما النهي عن تسمية الغُلام بـ (يسار أو أفلح أو نجيح أو رباح) فهذا لمعنى آخر ورد في الحديث وهو: «فإنك تقول أثمة هو؟ فيقال: لا» فهذه الأسماء توجب تَطَيّراً تكرهه النفوس، كما إذا قلت لرجل: أعندك يسار أو رباح أو أفلح؟ فإذا قال: لا. تطيرت أنت وهو من ذلك، فاقتضت حِكمة الشارع الرؤوف بأمته أن يمنعهم من أسماء توجب لهم سَماع ما يكرهون، وأن يَعدِلوا عن

(١١٧٠٨) «زاد المعاد» لابن القيم ج٢، ص٥-٦.

هذه الأسماء إلى أسماء أخرى من غير مفسدة، مع ما يضاف إلى ذلك من تسمية من لا يستحق هذه الأسماء لاتصافه بضد معاني هذه الأسماء، كأن يُسَمَّى يساراً وهو من أعسر الناس.. ثم إن في هذه التسمية بهذه الأسماء ما يحمل صاحبها على الظن والاعتقاد بأنه كما تدل عليه هذه الأسماء، فيقع في تزكية نفسه وتعظيمها وتَرَفُّعُها على غيره، والشرع ينهى عن ذلك، ومن أَجْلِهِ غيَّر رسول الله ﷺ اسم (برّة) إلى اسم (زينب). وبالقياس على ما تقدم تكره التسمية بالتقي والمتقي والمطيع والطائع والراضي والمحسن والمخلص والمنيب والرشيد والسديد، ونحو ذلك.

المبحث الثالث

الكنيـة والتكني

٩٦٧٩ ـ التعريف بالكنية والتكني:

الكُنْيَة مأخـوذة من الكناية تقول: كَنَّيت عن الأمر بكذا إذا ذكرته بغير ما استدل به عليه صريحـاً. ويقـال اكتنى فلان بكذا أو كنيت الرجل بأبي فلان، وكنيت المرأة بأم فلان. وقد اشتهرت الكُنى ـ واحدها الكُنْيَة ـ عند العرب حتى ربما غلبت على الأسماء وحتى صار أصحابها يعرفون بها لا بأسمائهم الحقيقية، مثل أبي طالب وأبي لهب. وألفاظ الاسم والكُنْيَة واللقب يجمعها لفظ (العلم) بفتحتين. وتختلف فيما بينها وتتغاير بأن (اللقب) ما أشعر بمدح أو ذم، و(الكُنْيَة) ما صدرت بأب أو أم، مثل أبي زيد وأم زيد، وما عدا ذلك فهو (اسم)[١١٧١٠].

٩٦٨٠ ـ مشروعية التكني باسم المولود للرجل والمرأة:

ويجوز شرعاً أن يكنى الرجل باسم ولده، وتَكنّى المرأة باسم ولدها، فكلاهما جائز مشروع غير منهي عنه، فقد كان عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه يُكنى بأبي الحسن، وكنّى النبي ﷺ صُهَيباً بأبي يحيى، مع أنه لم يكن له ولد، فكنيته باسم ولده الموجود أولى[١١٧١١].

وكنّى النبي ﷺ زوجاته، فقد أخرج ابن ماجه، عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت للنبي ﷺ: «كل أزواجك كَنَّيته غيري، قال ﷺ: فأنت أمّ عبدالله»[١١٧١٢].

٩٦٨١ ـ تكنى المرأة وإن لم يكن لها ولد:

ويجوز أن تكنى المرأة وإن لم يكن لها ولد، فقد أخرج أبو داود عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «يا رسول الله كل صواحبي ـ أي زوجات الرسول ﷺ ـ لهن كُنى، قال ﷺ: فاكتني

(١١٧١٠) «شرح صحيح البخاري للعسقلاني» ج٦، ص٥٦٠، «لسان العرب» لابن منظور ج٣٠، ص٩٨-٩٩ «الصحاح» للجوهري ج٦، ص٢٤٧٧.

(١١٧١١) «زاد المعاد» ج٢، ص٧، «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١٢٣١.

(١١٧١٢) «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١٢٣١.

بابنك عبدالله ـ يعني بابن أختها عبدالله بن الزبير ـ فكانت تُكنّى بأم عبدالله»[11713]. وأخرجه ابن ماجه، وذكرنا لفظه في الفقرة السابقة.

٩٦٨٢ ـ الكنية للرجل قبل أن يولد له:

ويجوز أن يكنى الرجل باسم ولد لم يولد له بعد، فقد أخرج ابن ماجه في سُنَنِه، أن عمر ابن الخطاب قال لِصُهَيب: مالك تكتنى بأبي يحيى وليس لك ولد؟ قال: كناني رسول الله ﷺ[11714].

وأخرج البخاري في الأدب المُفْرد، عن علقمة، قال: كَنَّاني عبدالله بن مسعود قبل أن يولد لي.

وأخرج ابن أبي شيبة، عن الزهري قال: كان رجال من الصحابة يكتنون قبل أن يُولَد لهم. وأخرج الطبراني، عن علقمة، عن ابن مسعود، أن النبيّ ﷺ، كَنَّاه أبا عبدالرحمن قبل أن يولد له[11715].

والظاهر أن جواز التَّكَني قبل أن يُوْلَد للمكنّى ولد، يشمل من له زوجة ولم تَلِد له ولداً بعد، كما يشمل من لا زوجة له أصْلاً، إذ يصدق على كليهما أنه لم يولد له ولد بعد.

٩٦٨٣ ـ الكُنية للصبيّ:

وتجوز الكُنية للصبي وهو صغير لا يولد لمثله، وقد أفرد الإمام البخاري لهذه الكُنية باباً، فقال: باب (الكنية للصبي وقبل أن يولد للرجل) وذكر في هذا الباب حديثاً عن أنس، قال: كان النبي ﷺ أحسن الناس خُلُقاً، وكان لي أخ يقال له أبو عمير، وكان إذا جاء النبي ﷺ قال: يا أبا عمير ما فَعَل النُغَير؟ ـ والنُغَير طائر كان يلعب به ـ قال ابن حَجَر العسقلاني شرحاً وتعليقاً على هذا الحديث: «قال العلماء: كانوا يكنون الصبيّ تفاؤلاً بأنه سيعيش حتى يولد به.

قال ابن حجر: وفي رواية للإمام أحمد عن أنس قوله: كان لي أخ صغير، وهو أخو أنس بن مالك من أمّه. وفي رواية للإمام أحمد لهذا الحديث: وكان النبي ﷺ إذا جاء لأم سليم يُمازِحه ـ أي يُمازح الصغير ـ بقوله: يا أبا عمير ما فعل النُغَير ـ وكان هذا الطير قد مات فحزن عليه»[11716].

(١١٧١٣) «سنن أبي داود» ج١٣، ص٣١٢.

(١١٧١٤) «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١٢٣١.

(١١٧١٥) «شرح صحيح البخاري للعسقلاني» ج١٠، ص٥٨٢.

(١١٧١٦) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٨٢-٨٣.

وروى هذا الحديث الإمام مسلم في صحيحه، وجاء في شرحه للإمام النوويّ: «النُغير تَصْغير النُغَر ـ بضم النون وفتح الغين، وهو طائر صغير جمعه نُغْران. وفي هذا الحديث فوائد كثيرة: (منها): جواز تكنية من لم يولد له، وتكنية الطفل، وأنه ليس كذباً، وجواز المزاح فيما ليس إثماً، وجواز تصغير بعض المسميات، وجواز لعب الصبيّ بالعُصْفور، وتمكين الولي إياه من ذلك، وجواز ملاطفة الصبيان وتأنيسهم. .»[11717].

وروى هذا الحديث أيضاً أبو داود في سُنَنه ولفظه: «عن أنس بن مالك قال: كان رسول الله ﷺ يدخل علينا، ولي أخ صغير يُكنَّى أبا عُمَير، وكان له نُغَرٌ يلعب به، فمات، فدخل عليه النبي ﷺ ذات يوم فرآه حزيناً فقال: ما شأنه؟ فقالوا مات نُغَرُه. فقال ﷺ: يا أبا عمير ما فَعَل النُغَير؟ وجاء في شرحه قوله: ما فعل النُغَير، أي ما جرى له حيث لم أره معك.

وفي الحديث جواز تكنية من ليس له ولد، وتكنية الطفل، وأنه ليس كذباً[11718].

٩٦٨٤ ـ الكنية للصبية:

وقياساً على جواز الكنية للصبيّ تجوز الكنية للصبية، لأن الأصل في الأحكام الشرعية شمولها الذكور والإناث، وفيما يجوز ومالا يجوز إلا إذا قام الدليل على اختصاص أحد الجنسين بالحكم، ولا دليل على هذا الاختصاص في الكنية.

٩٦٨٥ ـ قول الرجل لغير ابنه «يا ابني»:

يجوز للرجل أن يقول للصغير «يا ابني» وإن لم يكن ابنه حقيقة، ولا يكون ذلك كذباً منه، فقد أخرج الإمام مسلم في صحيحه عن أنس بن مالك قال: قال لي رسول الله ﷺ: «يا بُنيَّ».

وقال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث: «وفي هذا الحديث جواز قول الإنسان لغير ابنه ممن هو أصغر سناً منه: يا ابني ويا بُنَي، ويا ولدي، ومعناه تلطف، وإنك عندي بمنزلة ولدي في الشَفَقة، وكذا يقال له لمن هو في مثل سن المتكلم يا أخي، للمعنى الذي ذكرناه، وإذا قصد التلطف كان مستحباً كما فعله النبي ﷺ[11719].

٩٦٨٦ ـ قول الرجل لغير ابنته «يا بنتي»:

وقياساً على جواز قول الرجل لغير ابنه: يا ابني، ويا بُنَيّ، للمعنى الذي ذكرناه، يجوز أن

(١١٧١٧) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١٢٨-١٢٩.

(١١٧١٨) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج١٣، ص٣١١.

(١١٧١٩) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١٢٩.

يقول الرجل لغير ابنته: يا بنتي، ويا بُنَيَّتي، ممن هي أصغر سِناً منه.

٩٦٨٧ ـ قول المرأة لغير ولدها: يا ولدي:

وقياساً على جواز قول الرجل لغير ابنه: يا ابني، ويا بُنَي يمكن القول بجواز أن تقول المرأة لغير ابنها ممن هو أصغر سِناً منها: يا ابني أو يا بنيّ، وأن تقول لغير ابنتها ممن هي أصغر سناً منها يا بنتي، وبُنَيَّتي.

٩٦٨٨ ـ يكنى الرجل بأكبر أبنائه:

وإذا كان للرجل أكثر من ابن واحد فالسُّنَّة أن يُكنّى بأكبر أبنائه، فهذا هو المستحب شرعاً لورود السنة النبوية الشريفة بذلك، فقد جاء في حديث أخرجه أبو داود في سننه، عن شريح، عن أبيه، أن رسول الله ﷺ قال له ـ أي لأبيه هانىء ـ: فمالك من الولد؟ قال: لي شُرَيح ومسلم وعبدالله، قال: فمن أكبرهم؟ قال قلت: شُرَيح. قال ﷺ فأنت أبو شريح» وجاء تعليل تكنيته بأكبر أبنائه بأن ذلك كان «رعاية للأكبر سِناً. وفيه أن الأولى أن يُكنى الرجل بأكبر أبنائه»(١١٧٢٠).

٩٦٨٩ ـ هل يُكَنى الرجل بابنته إذا كانت أكبر أولاده؟

وإذا كان للرجل ذكور وإناث فهل يُكنّى بابنته إذا كانت أكبر أولاده؟ لم أقف على أثر أو خبر في ذلك، ولا على قول لأهل العلم في هذه المسألة، ويبدو لي جواز تكنية الرجل بابنته إذا كانت أكبر أولاده، قياساً على تكنيته بابنه، إذا كان أكبر أولاده، لأن البنت مُكَرَّمة في الشريعة كالابن، وأن لا ضير على المسلم أن يُكنّى بها بعد أن رفع الإسلام شأن المرأة، وأبطل عادات الجاهلية في تحقيرها وازدرائها، ومعرفة الناس بأن لصاحب الكنية بنتاً ومعرفتهم باسمها لا يمنع ذلك من جواز التكني بها، لأنه ليس من المحظور شرعاً أن يعرف الناس أسماء بنات الغير.

ثم إن تسوية الأُنثى بالذَكَر في قواعد وأصول التكنية، ومنها تكنية الرجل بأكبر أولاده، وإن كان الأكبـر أنثى، أقول إن هذه التسوية تتفق ونهج الشريعة ونظرتها إلى المرأة ومساواتها في الأحكام وفي الحقوق والواجب، إلا ما استثنى بدليل شرعي ولا دليل على هذا الاستثناء في مسألة التكنية التي نتكلم عليها.

٩٦٩٠ ـ تُكَنّى المرأة بأكبر أولادها:

وقياساً على ما قلناه في تكنية الرجل بأكبر أبنائه، تُكَنَّى المرأة بأكبر أبنائها؛ لأن السنة وردت بتكنيتها، فيلاحظ في تكنيتها ما يستحب وما ليس في التكنية، ومنها التكنية بأكبر الأبناء، وقياساً

(١١٧٢٠) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج١٣، ص٢٩٦-٢٩٧.

على التكنية بأكبر الأبناء تكنى بالبنت إن كانت هي أكبر أولادها.

٩٦٩١ - الكُنَى المَنْهي عنها:

والكُنَى - جمع كنية - المنهي عنها، لا يُكَنى بها، فقد جاء في السنة النبوية النهي عن بعض الكُنى، فيجب أن لا يَكْتَني بهـا المسلم، فمن ذلك النهي عن التكني بـ «أبي القاسم» كما جاءت بذلك الأحاديث النبوية، ونذكرها فيما يلي:

٩٦٩٢ - التكني بـ (أبي القاسم) والأحاديث الواردة فيه:

أولاً: روى الإمام البخاري في صحيحه عن جابر رضي الله عنه قال: «ولد لرجل منا غلام فسماه «القاسم» فقالوا: لا نُكَنّيه حتى نسأل النبي ﷺ فقال ﷺ: سَمُّوا باسمي ولا تُكَنّوا بكُنْيَتي».

وفي رواية للبخـاري عن جابـر أيضاً قال: ولد لرجل منّا غُلام فَسَمّاه القاسِم. فقلنا: لا نُكَنِّيك أبا القاسم ولا كرامة، فأخبر النبيّ ﷺ، فقال: سم ابنك عبدالرحمن»[١١٧٢١].

ثانياً: وروى الإمام مسلم في صحيحه، عن أنس رضي الله عنه قال: نادى رجلاً رجلاً بالبقيع: يا أبا القاسم، فالتفت إليه رسول الله ﷺ، فقال الرجل: يا رسول الله إني لم أَعْنِكَ إنما دعوت فلاناً، فقال رسول الله ﷺ «تَسمَّوا باسمي ولا تَكَنّوا بِكُنيتي»[١١٧٢٢].

وفي رواية أخـرى للإمام مسلم، عن جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ: «تَسَمّوا باسمي ولا تَكَنَّوا بِكُنْيَتي، فإني أنا أبو القاسم، أقسم بينكم»[١١٧٢٣].

ثالثاً: وأخرج أبو داود جملة أحاديث في التكني (بأبي القاسم) نذكرها فيما يلي[١١٧٢٤]:

أ - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «تَسَمّوا باسمي ولا تَكَنّوا بكُنْيَتي».

ب - عن جابر أن النبي ﷺ قال: «من تسمى باسمي فلا يُكَنّى بكُنْيَتي، ومن اكتنى بكُنْيَتي فلا يَتَسمي باسمي».

جـ - عن علي رضي الله عنه قال: قلت يا رسول الله: إن ولد لي من بعدك ولد اسميه

(١١٧٢١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج١٠، ص٥٧٠-٥٧١.

(١١٧٢٢) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٢.

(١١٧٢٣) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٤.

(١١٧٢٤) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج١٣، ص٣٠٥-٣١٠.

باسمك واكنيه بكُنْيَتك؟ قال: نعم».

د ـ عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني قد ولدت غلاماً فسميته محمداً، وكَنَّيته أبا القاسم فذُكِرَ لي أنك تكره ذلك، فقال ﷺ: ما الذي أحلّ اسمي وحَرَّم كُنْيتي؟ أو ما الذي حرَّم كُنْيَتي وأحلّ اسمي؟

٩٦٩٣ ـ دلالة هذه الأحاديث على التكني بـ (أبي القاسم):

قال الإمام النووي في شرحه لحديث مسلم في التكني بـ (أبي القاسم): إن العلماء قد اختلفوا في هذه المسألة على مذاهب كثيرة في ضوء ما فهموه من هذه الأحاديث، في دلالتها على جواز أو عدم جواز التكني بـ (أبي القاسم). وقد جمع بعض العلماء الأقوال في هذه المسألة وهي ما يأتي:

٩٦٩٤ ـ أقوال العلماء في التكني بـ (أبي القاسم)[١١٧٢٥]:

القول الأول: وهو قول الشافعي وأهل الظاهر، وخلاصته أن لا يحل التكني بـ (أبي القاسم) لأي أحد أصلاً سواء كان اسمه محمداً أو أحمد أم لم يكن لظاهر حديث مسلم.

القول الثاني: أن هذا النهي منسوخ، فإن النهي عن التكني بـ (أبي القاسم) كان في أول الأمر، لهذا المعنى المذكور في الحديث، وهو أنه ﷺ، قاسم يقسم بينهم، ثم نسخ بعد ذلك فيباح اليوم التكني بـ (أبي القاسم) لكل أحد سواء من اسمه محمد أو أحمد، أو لم يكن، وهذا مذهب الإمام مالك.

قال القاضي عياض: وبه قال جمهور السلف وفقهاء الأمصار وجمهور العلماء، وقال: إن جماعة تكنوا بـ (أبي القاسم) في العصر الأول، وفيما بعد ذلك إلى اليوم مع كثرة فاعل ذلك وعدم الإنكار.

القول الثالث: وهو مذهب ابن جرير، أن النهي عن التكني بـ (أبي القاسم) غير منسوخ، وإنما كان النهي عنه للتنزيه والأدب لا للتحريم.

القول الرابع: أن النهي عن التكني بـ (أبي القاسم) مختص بمن اسمه محمد وأحمد، ولا بأس بالكُنْيَة وحدها لمن لا يُسمّى بواحد من الاسمين، وهذا قول جماعة من السلف، وجاء فيه حديث مرفوع عن جابر.

(١١٧٢٥) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٤، ص١١٢-١١٣.

القول الخامس: أنه ينهى عن التكني بـ (أبي القاسم) مطلقاً، وينهى عن التسمية بـ (القاسم) لئلا يُكنّى أبوه بـ (أبي القاسم)، وقد غَيَّر مروان بن الحكم اسم ابنه عبد الملك حين بلغه هذا الحديث ـ حديث مسلم السابق الذكر، فسماه عبد الملك، وكان قد سمّاه أولاً «القاسم» وفَعَله بعض الأنصار.

٩٦٩٥ ـ قول ابن حَجَر العسقلاني:

وقال ابن حجر العسقلاني في شرحه لحديث البخاري عن جابر الذي ذكرناه، بعد أن نقل ما ذكره النووي من أقوال العلماء في هذه المسألة، قال العسقلاني رحمه الله تعالى: «وفي الجملة أعدل المذاهب المفصل المحكي أخيراً مع غرابته ـ وهو أن النهي كان مخصوصاً في حياة النبي ﷺ ـ ثم قال ابن حجر: وقال الشيخ أبو محمد بن أبي جمرة بعد أن أشار إلى ترجيح المذهب الثالث من حيث الجواز، لكن الأولى الأخذ بالمذهب الأول ـ أي بالمنع مطلقاً من التكني بـ (أبي القاسم) سواء كان اسمه محمداً أو لا، فإنه أبرأ للذمة، وأعظم للحرمة والله أعلم»[١١٧٢٦].

٩٦٩٦ ـ قول الإمام ابن القَيِّم:

ذكر الإمام ابن القيم ما ورد من أحاديث في التكني بـ (أبي القاسم) كما ذكر أقوال العلماء فيها، ثم قال رحمه الله تعالى: «والصواب أن التسمي باسمه ﷺ جائز، والتكني بكنيته ممنوع منه، والمنع في حياته أشد، والجمع بينهما ممنوع منه، وحديث عائشة الذي أخرجه أبو داود وفيه جواز التسمية باسمه ﷺ والتكني بكنيته، هو حديث غريب لا يُعارض بمثله الحديث الصحيح الصريح في النهي عن التكني بكنيته ﷺ، وحديث علي رضي الله عنه في صحته نظر، وللترمذي فيه نوع تساهل في التصحيح، وقد قال علي رضي الله عنه: إنها رُخْصة له وهذا يدل على بقاء المنع لمن سِواه»[١١٧٢٧].

٩٦٩٧ ـ القول الراجح:

والراجح في هذه المسألة ما ذهب إليه الإمام ابن القيم من جواز التسمية باسم النبي ﷺ، والمنع من التكني بكنيته ﷺ أي بـ (أبي القاسم) للأحاديث الصحيحة الواردة في هذا المنع، والأصل في هذا المنع الإطلاق وعدم تقييده في حياته ﷺ، ولكن يمكن أن يقال إن هذا المنع أو النهي إنما هو للتنزيه والأدب لا للتحريم، كما ذهب إلى ذلك ابن جرير على ما ذكره الإمام

(١١٧٢٦) «شرح صحيح البخاري» للعسقلاني ج١٠، ص٥٧٢ـ٥٧٤.

(١١٧٢٧) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٢، ص٧ـ٨.

النووي وذكرناه، ولكن يبقى الراجح ما ذهب إليه ابن القيِّم، والله أعلم.

٩٦٩٨ ـ تغيير الكُنْيَة:

قلنا إن اسم المولود وغيره يغير إذا كان فيه ما يدعو إلى التغيير على النحو الذي بَيّناه من قول. وكذلك تغيير الكنية إذا كان فيها ما يدعو إلى هذا التغيير، ودل على ذلك الحديث الشريف الذي أخرجه أبو داود في سننه عن شريح عن أبيه هانيء: «أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يُكَنّونه (بأبي الحَكَم) فدعاه رسول الله ﷺ فقال: «إن الله هو الحَكَم وإليه الحُكْمْ، فلِمَ تُكنَّى أبا الحَكَم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أَتَوْني فحكمت بينهم فرضي كلا الفـريقين، فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا، فما لك من الولد؟ قال: لي شُرَيح ومسلم وعبدالله قال: فمن أكبرهم؟ قال، قلت: شُرَيح. قال: فأنت أبو شريح». وجاء في شرح هذا الحديث: قوله «بأبي الحَكَم» الحَكَم ـ بفتحتين ـ هو الحَاكِم الذي إذا حكم لا يُرَدُّ حكمه، وهذه الصفة لا تليق لغير الله تعالى، ومن أسمائه تعالى: الحَكَم.

ولما كان في إطلاق أبي الحَكَم على إنسان ما يوهم الاشتراك في هذه الصفة بين الإنسان وبين الله تعالى، أراد ﷺ تحويل كُنْيَته إلى ما يُنَاسبهُ فَكَنَّاهُ بأكبر أولاده(١١٧٢٨).

(١١٧٢٨) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج١٣، ص٢٩٦-٢٩٧.

المبحث الرابع

العقيقة للمولود

٩٦٩٩ ـ تعريف العقيقة:

العقيقة اسم لِما يُذْبح عن المولود. وأصل العَقّ: الشَّقُ والقَطْع، وقيل للذبيحة التي تُذْبح عن المولود عَقِيقَة لأنها يُشَقّ حَلْقُها[١١٧٢٩].

٩٧٠٠ ـ مشروعية العقيقة للمولود:

العقيقة بالمعنى الذي ذكرناه مشروعة ودرجة شرعيتها أنها (سُنّة) وليست فرضاً، وهذا في قول عامة أهل العلم منهم ابن عباس وابن عمر وعائشة وفقهاء التابعين وأئمة الأمصار، إلا أصحاب الرأي ـ أي الحنفية ـ فلم يَرَوْها (سنّة)، بل قالوا إنها من أمر الجاهلية[١١٧٣٠]، ولكن قولهم هذا مدفوع بالأحاديث النبوية الشريفة التي سنذكرها فيما بعد.

وقال الظاهرية: إنها واجب، فقد قال الإمام ابن حزم الظاهري رحمه الله تعالى: «العقيقة فرض واجب يجبر عليها إذا فضل عن القوت مِقْدَارها، وهو أن يذبح عن كل مولود يولد حياً أو ميتاً بعد أن يكون يقع عليه اسم غلام أو اسم جارية. .»[١١٧٣١]. واحتج ابن حزم بالأحاديث النبوية الشريفة التي ظاهرها يدل على الوجوب، مثل قوله ﷺ في الغلام عقيقة، فأهريقوا عنه دماً. . الخ»[١١٧٣٢].

٩٧٠١ ـ دفع التوهم والشك عن مشروعية العقيقة:

وقد يتوهم البعض أو يشك في مشروعية العقيقة عن المولود بقوله ﷺ عن العقيقة، وقد سُئِل عنها: «إن الله تعالى لا يحب العقوق» فليس في هذا القول توهين لأمر العقيقة ولا إسقاط لها، وإنما كَرِه ﷺ الاسم ـ اسم العقيقة ـ وأحب أن تُسَمّى بأحسن منها كالنسيكة والذبيحة جرياً على

(١١٧٢٩) «النهاية لابن الأثير» ج٣ ص٢٧٦، «شرح صحيح البخاري» للعسقلاني ج٩، ص٥٨٦.

(١١٧٣٠) «المغني» ج٨، ص٦٤٤، «شرح صحيح البخاري» للعسقلاني ج٩، ص٥٨٨.

(١١٧٣١) «المحلىٰ» لابن حزم ج٧، ص٥٤٣. (١١٧٣٢) «المحلىٰ» ج٧، ص٥٢٧.

عادته ﷺ في تغيير الاسم إلى أحسن منه، إذا كان فيه ما يدعو إلى تغييره(١١٧٣٣).

ويدل على ذلك نفس الحديث الذي ورد فيه قول النبي ﷺ: «إن الله لا يحب العقوق» فقد ورد في آخره ما يثبتها ويقرر مشروعيتها، ويبين أنها سُنَّة، فقد أخرج أبو داود في «سُنَنه»: عن عمرو بن شُعَيب، عن أبيه، عن جَدِّه، قال: سُئِل رسول الله ﷺ عن العقيقة فقال: لا يحب الله العقوق، كأنه كره الاسم، وقال ﷺ: من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فلينسك: عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة»(١١٧٣٤).

وجاء في شرحه: «فقوله ﷺ: إن الله لا يحب العقوق، بعد سؤاله عن العقيقة، للإشارة إلى كراهة اسم العقيقة لما كانت هي والعقوق يرجعان إلى أصل واحد، وهو القطع»(١١٧٣٥).

وقال ابن حجر العَسْقَلاني رداً على من قال بعدم مشروعيتها محتجاً بهذا الحديث، فقال رحمه الله: «ولا حجة فيه لنفي مشروعية العقيقة، بل آخر الحديث يثبتها، وإنما غايته أن يؤخذ منه أن الأَوْلى أن تسمى نسيكة أو ذبيحة، وأن لا تسمى عقيقة»(١١٧٣٦).

٩٧٠٢ ـ الأحاديث الواردة في العقيقة:

أ ـ أخرج الإمام البخاري في «صحيحه»: عن سليمان بن عامر الضبي، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: مع الغلام عقيقة ، فأهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى»(١١٧٣٧).

ب ـ وعن أمر كُرْز قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «عن الغلام شاتان مكافئتان، وعن الجارية شاة» أخرج أبو داود وابن ماجه(١١٧٣٨).

جـ ـ وأخرج ابن ماجه: عن حفصة بنت عبد الرحمن، عن عائشة قالت: أمَرَنا رسول الله ﷺ أن نَعق عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة»(١١٧٣٩).

٩٧٠٣ ـ حِكْمَة مشروعية العقيقة:

تبدو حِكمة مشروعية العقيقة من وجوه منها:

(١١٧٣٣) «النهاية» لابن الأثيز ج٣، ص٢٧٧.

(١١٧٣٤) «سنن أبي داود» ج٨، ص٤٣-٤٤. (١١٧٣٥) «سنن أبي داود» ج٨، ص٤٣-٤٤.

(١١٧٣٦) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٨٨.

(١١٧٣٧) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٠.

(١١٧٣٨) «سنن أبي داود» ج٨، ص٣٦، «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١٠٥٦.

(١١٧٣٩) «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١٠٥٦.

إظهار الشكر لله تعالى بما أنعم من مولود، فيعق عنه، ويعمل بهذه العقيقة من توسعة على الأهل بلحمها، وتوزيع منه على الجيران والفقراء.

ومنها: أنها وسيلة إلى إشاعة نسب الولد؛ لأنه يستحسن إشاعة نسبه لئلا يقال فيه مالا يحبه أهله، ووجه هذه الوسيلة في إشاعة النسب، أن لحم العقيقة ـ كما سنُبيِّنه ـ قد يدعى إليه الأهل والأصدقاء والأقارب، وقد يوزع على الجيران، فيعلمون سبب هذا التوزيع وهو وِلَادَة المولود.

ومنها: ما قاله الإمام الدهلوي: «إن النصارى كان إذا وِلِد لهم ولد صبغوه بماء أصفر يُسمّونه المَعْمُودية، وكانوا يقولون: يصير الولد به نصرانياً، فاستحب أن يكون للمسلمين فِعل بإزاء فِعْلِهم ذلك يشعر بكون الولد حنيفياً من المسلمين تابعاً لملة إبراهيم وإسماعيل، وأشهر الأفعال المختصة بهما المتوارثة في ذُرِّيتهما ما وقع لإبراهيم عليه السلام من عَزْمه على ذبح ابنه إسماعيل تنفيذاً لأمر رَبّه، ثم نِعمة الله عليه بأن فداه بِذِبح عظيم.

وأشهر شرائع إبراهيم وإسماعيل الحج الذي فيه الحَلْق والذَّبح فكان التشبه بهما في هذا تنويهاً بالملة الحنيفية، وإن الولد قد فُعِلَ به ما يكون من أعمال هذه الملّة.. الخ»(١١٧٤٠).

٩٧٠٤ ـ ما يفوت الولد ووالديه من عدم العق عنه:

أخرج الإمام أبو داود في «سننه» عن سمرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «كل غلام رهينة بعقيقته»(١١٧٤١). أي مرهونة، والتاء للمبالغة.

وقال الخطابي: اختلف الناس في معنى هذه العبارة، وأجْوَد ما قيل فيها ما ذهب إليه أحمد ابن حنبل، حيث قال: هذا في الشفاعة، يريد الإمام بقوله هذا؛ أنه إذا لم يعق عنه فمات طفلاً لم يُشَفَّع في أبويه.. وقيل معناه: أن العقيقة لازمة لا بد منها، فشبه المولود في لزومها وعدم انفكاكه منها بالرهن في يد المُرْتَهِن(١١٧٤٢).

وقال ابن القيم: قال الإمام أحمد: معناه أنه محبوس عن الشفاعة في أبويه، ثم قال ابن القيم: والرهن في اللغة الحَبْس، قال تعالى: ﴿كُل نَفْس بِمَا كسبت رهينة﴾ [المدثر: ٣٨].

وظاهر الحديث أنه رهينة في نفسه ممنوع محبوس عن خير يُراد به، ولا يلزم من ذلك أن يعاقب على ذلك في الآخرة، وإن حُبِس بترك أبويه العقيقة عما يناله من عقّ عنه أبواه، وقد يفوت

(١١٧٤٠) «حجة الله البالغة» للدهلوي ج٢، ص٧٢٧ـ٧٢٨.

(١١٧٤١) «سنن أبي داود» ج٨، ص٣٧.

(١١٧٤٢) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٨، ص٣٧.

الولد خير بسبب تفريط الأبوين، وإن لم يكن من كسبه، كما لو أنه عند الجماع إذا سمّى أبوه لم يضر الشيطان ولده، وإذا ترك التسمية لم يحصل للولد هذا الحفظ»[١١٧٤٣].

٩٧٠٥ ـ العقيقة أفضل من الصدقة:

والعقيقة عن المولود أفضل من الصدقة عنه بقيمتها، نصّ عليه أحمد، ولأنها ذبيحة أُمَرَ النبي ﷺ بها، فكانت أولى من الصَدَقَة كالأُضْحِيَة[١١٧٤٤].

٩٧٠٦ ـ عقيقة الغلام شاتان وعقيقة الجارية شاة:

عقيقة الغلام شاتان وعقيقة الجارية شاة، وهذا قول أكثر أهل العلم من القائلين بمشروعية العقيقة، وبه قال ابن عباس، وعائشة، وهو مذهب الحنابلة والشافعي وإسحاق وأبي ثور والظاهرية.

وسند هذا القول أحاديث رسول الله ﷺ التي ذكرناها قبل قليل، فقال عنها ابن حجر العسقلاني: وهي حُجّة للجمهور في التفرقة بين الغلام والجارية فيما يعقّ لكل منهما[١١٧٤٥].

٩٧٠٧ ـ الغلام والجارية سواء عند مالك في العقيقة:

وعن الإمام مالك رحمه الله تعالى: الغلام والجارية في العقيقة سواء فيعق عن كل منهما شاةً، والحُجّة له «أن النبي ﷺ عقَّ عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً» أخرجه أبو داود[١١٧٤٦].

كما أن الإمام مالكاً أخرج في الموطأ عن نافع، أن عبدالله بن عمر كان يعقّ عن ولده شاة شاة عن الذكور والإناث.

كما أخرج الإمام مالك في الموطأ أن عروة بن الزبير كان يعقّ عن بنيه الذكور والإناث بشاة شاة[١١٧٤٧]، وقال الإمام مالك أيضاً: الأمر عندنا في العقيقة أن من عقَّ فإنما يعقّ عن ولده بشاة شاة: الذكور والإناث[١١٧٤٨].

٩٧٠٨ ـ الراجح قول الجمهور:

(١١٧٤٣) «زاد المعاد» لابن القيم ج٢، ص٢.

(١١٧٤٤) «المغني» ج٨، ص٦٤٥.

(١١٧٤٥) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٢.

(١١٧٤٦) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٢، و«سنن أبي داود» ج٨، ص٤١.

(١١٧٤٧) «الموطأ للإمام مالك» ج٢، ص٥٠١.

(١١٧٤٨) «الموطأ للإمام مالك» ج٢، ص٥٠٢.

والراجح قول الجمهور فيعق عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة واحدة، ولما استدل به الجمهور من أحاديث صحيحة وصريحة تدل على ما قالوه، وأن ما احتج به الإمام مالك أو احتج به لا يصلح حجة لما ذهب إليه، لما يأتي:

أولاً: الاحتجاج لقول الإمام مالك بحديث أبي داود: «أن النبيّ ﷺ عقّ عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً» قال فيه ابن حَجَر: لا حجة فيه لقول مالك، لأنه روي من وجه آخر عن عِكرِمة، عن ابن عباس بلفظ: كبشين، كبشين». وروي أيضاً عن عمرو بن شُعيب، عن أبيه عن جَدّه مثله.

وعلى تقدير ثبوت رواية أبي داود فليس في الحديث ما يرد به الأحاديث الواردة في التنصيص على التثنية للغلام والواحدة للجارية، بل غايته أن يَدُلّ على جواز الاقتصار على الواحدة، وهو كذلك فإن العدد ليس شرطاً بل مستحب[١١٧٤٩].

ثانياً: قال ابن القيم حجة الجمهور: الأحاديث الصريحة في أن عقيقة الغلام شاتان وعقيقة الجارية شاة، وأما أن النبي ﷺ عَقّ عن الحسن والحسين فذلك يدل على الجواز، وما ذكرناه في عقيقة الغلام من الأحاديث صريح في الاستحباب، كما أن حديث أمّ كُرْز (وقد ذكرناه مع الأحاديث الواردة في العقيقة)، وفيه بيان لعقيقة الغلام وأنها شاتان، فإن سماع أمر كرز لهذا الحديث مِن النبي ﷺ كان عام الحديبية، فهو متأخر عن عقيقة الحسن والحسين، وهو أولى بالأخذ والاتباع[١١٧٥٠].

ثالثاً: الاحتجاج بعمل أهل المدينة كما ورد في موطأ الإمام مالك يرد عليه أن عملهم يعني إجزاء الشاة الواحدة عن الغلام والجارية، والجمهور يقولون بذلك، وإنما يقولون أيضاً إن التثنية - أي الشاتين - في عقيقة الغلام إنما هو للاستحباب لا للإجزاء، ثم إن الأحاديث الصحيحة الصريحة تقدم على عمل أهل المدينة عند التعارض بينهما.

٩٧٠٩ - التكافؤ بين الشاتين في عقيقة الغلام:

قلنا إن الجمهور ذهبوا إلى أن عقيقة الغُلام شاتان، وأن عقيقة الجارية شاة، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف: عن النبي ﷺ، عن الشاتين للغلام بأنهما متكافئتان، وقد ذكرنا نصّ الحديث قبل قليل، فما معنى كونهما متكافئتين؟ نذكر فيما يلي أقوال العلماء في معنى التكافؤ بين الشاتين في عقيقة الغلام.

(١١٧٤٩) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» جـ٩، ص٥٩٢.

(١١٧٥٠) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٨، ص٤٢٥.

٩٧١٠ ـ أقوال العلماء في معنى التكافؤ بين الشاتين:

أ ـ قال أبو داود: سمعت أحمد بن حنبل قال: متكافئتان: أي مستويتان أو متقاربتان[١١٧٥١].

ب ـ وقال الخَطّابي: المراد بالتكافؤ في السنّ، فلا تكون إحداهما مُسِنّة والأخرى غير مُسِنّة، بل يكونان مما يجزىء في الأضحية[١١٧٥٢].

جـ ـ وعن زيد بن أسلم قال: متكافئتان: أي متشابهتان تُذْبحان جميعاً، أي لا يؤخر ذبح إحداهما عن الأخرى[١١٧٥٣].

د ـ وقال الزمخشري: معنى متكافئتين: أي إنهما مُتَعادِلتان لما يجزىء في الزكاة وفي الأضحية[١١٧٥٤].

هـ ـ وقال ابن حجر العَسْقَلاني بعد أن ذكر بعض أقوال العلماء التي ذكرناها، قال رحمه الله: وأولى من ذلك كلّه ما وقع في رواية لهذا الحديث، جاء فيها: «شاتان مثلان». وما أشار إليه زيد بن أسلم من ذبح إحداهما عَقِب الأخرى، هو قول حسن. ويحتمل الحمل على المعنيين معاً[١١٧٥٥].

ومن أقوال العلماء التي ذكرناها في المراد بالتكافؤ بين الشاتين، يفهم أن المقصود بالشاتين المتكافئتين في عقيقة الغلام: المماثلة فيما بينهما فيما تقع فيه المماثلة كالسِّنّ والسّلامة من العيوب والسِّمْن فيهما ونحو ذلك بعد أن تكون كل شاة صالحة في نفسها أن تكون عقيقة.

٩٧١١ ـ صفة العقيقة وما يشترط فيها:

استدل البعض بإطلاق لفظ الشاة والشاتين في أحاديث العقيقة على أنه لا يشترط في العقيقة ما يشترط في الأضحية، وهو ما صرّح به الحنابلة، وفيه وجهان للشافعية، قال ابن حجر العسقلاني: أصح هذين الوجهين الاشتراط بالقياس لا بالخَبَر»[١١٧٥٦].

(١١٧٥١) «سنن أبي داود» ج٨، ص٣٥.

(١١٧٥٢) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٨، ص٣٤.

(١١٧٥٣) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٢.

(١١٧٥٤) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٢.

(١١٧٥٥) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٢.

(١١٧٥٦) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٢-٥٩٣.

٩٧١٢ ـ يشترط في العقيقة ما يشترط في الأضحية:

وأصح القولين عند الشافعية يشترط في العقيقة ما يشترط في الأضحية وأنه يمنع فيها من العيب ما يمنع من الأضحية، ويستحب فيها من الأوصاف ما يستحب في الأضحية، ويجوز فيها الذكر والأنثى، والذَكَر أفضل؛ لأن النبي ﷺ عَقّ عن الحسن والحسين كَبْشاً كَبْشاً، وضَحّى ﷺ بكبشين أقرنين. والعقيقة تجري مجرى الأضحية. والأفضل في لونها البياض ويستحب أن تكون سَمينة. ولا يجزىء في العقيقة أقل من الجَذَع من الضأن، والثَّنِيّ من المَعْز، ولا يجزىء فيها العَوْراء البَيِّن عَوَرُها، والعَرْجاء البَيِّن عَرَجُها، والمريضة البَيِّن مَرَضُها، والعَجْفَاء التي لا شحم فيها، والعضباء التي ذهب أكثر من نصف أُذُنِها أو قَرْنها. وتكره فيها العيوب التي تكره في الأضحية؛ لأنها تشبهها فتقاس عليها[١١٧٥٧].

وقال ابن حزم: يجزىء في العقيقة المعيب سواء كان مما يجوز في الأضاحي، أو كان مما لا يجوز فيها، والأفضل هو السالم[١١٧٥٨].

٩٧١٣ ـ هل يجزىء في العقيقة غير الغَنَم؟

أ ـ القول الأول:

الأحاديث في العقيقة ذكر فيها الشاة والكبش، فهل معنى ذلك أنه يتعين الغنم للعقيقة فلا يجزىء فيها غير الغَنَم؟

قال البندينجي من الشافعية على ما نقل عنه ابن حَجَر العسقلاني: لا نصَّ للشافعي في ذلك، وعندي أنه لا يجزىء غيرها» كما نقل ابن حجر، عن ابن المنذر ذلك، عن حفصة بنت عبدالرحمٰن بن أبي بكر»[١١٧٥٩].

وعند الظاهرية كما يقول ابن حزم الظاهري: «ولا يجزىء في العقيقة إلا ما يقع عليه اسم شاة إما من الضَّأن وإما من الماعز فقط، ولا يجزىء في ذلك شيء من غير ما ذكر، لا من الإبل، ولا من البقر الإنسية ولا من غير ذلك»[١١٧٦٠].

٩٧١٤ ـ القول الثاني: قول الجمهور:

وذهب الجمهور إلى إجزاء الإبل والبقر أيضاً في العقيقة، فتجوز فيهما كما تجوز في الغنم،

(١١٧٥٧) «المغني» ج٨، ص٦٤٥ـ٦٤٦، ٦٤٨. (١١٧٥٨) «المحلىٰ لابن حزم» ج٧، ص٥٢٣.

(١١٧٥٩) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٣.

(١١٧٦٠) «المحلىٰ لابن حزم» ج٩، ص٥٩٣.

وفي هذا حديث عند الطبراني، عن أنس وفيه: «يعق عنه من الإبل والبقر والغَنَم»[11761].

٩٧١٥ ـ الراجح قول الجمهور:

والراجح قول الجمهور فيجزىء في العقيقة الإبل والبقر والغنم لورود حديث الطبراني فيه، الذي نقلناه عن ابن حجر، والذي ذكره دون تعقيب عليه بالتضعيف، ثم إن حكم العقيقة حكم الأضحية قياساً عليها، فيُجزىء فيها ما يُجْزىء في الأضحية، والأضحية تجوز بالإبل والبقر والغنم.

٩٧١٦ ـ ما يُصْنَع بلحم العقيقة[11762].

العقيقة في الأكل والادّخار منها، وكذلك في الإهداء والتَصَدّق منها كالأضحية. فيجوز أن يأكل منها صاحبها الذي ذبحها عن المولود ويدخر منها ويهدي ويتصدق منها كما في الأضحية. وإن طبخ منها ودعا إخوانه فأكلوها فَحَسن، وقال ابن حزم: ويُؤكل منها ويهدى ويُتصدق، هذا كله مباح، وقال ابن سيرين: اصنع بلحمها كيف شئت.

ويستحب أن تفصل أعضاؤها، ولا تُكسر عِظامها لما رُوِي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «السُّنة شاتان مكافئتان عن الغلام، وعن الجارية شاة تطبخ جُدُولاً ولا يكسر عظم، ويأكل ويُطْعِم ويَتصدّق وذلك في اليوم السابع».

ومعنى يطبخ جدولاً: أي لا يكسر لها عظم، وإنما تقطع عضواً عضواً، وهو الجدل. وإنما يفعل ذلك بالعقيقة، لأنها أول ذبيحة ذُبِحَت عن المولود، فاسْتُحِبّ فيها ذلك تفاؤلاً بالسَّلامة، كذلك قالت عائشة رضي الله عنها، وروي ذلك أيضاً عن عطاء وابن جريج، وبه قال الشافعي.

٩٧١٧ ـ يجوز بيع جلدها والتصدّق بثمنه:

وقـال الإمام أحمد يباع جِلْد العقيقة ورأسها وسقطها، ويُتَصدّق بثمن ذلك كلّه، وفارقت العقيقة الأضحية في جواز بيع ما ذكرناه، أن الأُضحية ذبيحة لله، فلا يُباع منها شيء كالهَدْي، أمـا العقيقـة فإنها شُرِعَت عند سرور حادث وتجدد نعمة، فاشبهت الذبيحة في الوليمة؛ ولأن الذبيحة ها هنا لم تخرج عن ملكه، فكان له أن يفعل فيها ما شاء من بيع وغيره، والصَدَقة بثمن ما بيعَ منها بمنزلة الصَدَقة به في فضلها وثوابها وحصول النفع به، فكان له أن يفعل ذلك أي:

(١١٧٦١) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٣.

(١١٧٦٢) «المغني» ج٨، ص٦٤٧-٦٤٩، «المحلىٰ» ج٩، ص٥٢٣.

يبيع ما ذكرناه[١١٧٦٣].

٩٧١٨ ـ وقت ذبح العقيقة:

الحديث الوارد فيه: أخرج أبو داود في سننه عن سَمُرَة بن جُنْدُب، أن رسول الله ﷺ قال: «كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعِهِ ويُحلقَ ويسمى»[١١٧٦٤]. وأخرج هذا الحديث الإمام الترمذي في جامعه ولفظه: «كل غلام مُرْتَهن بعقيقته تُذْبح عنه يومَ السابع ويُسمَّى ويحلق رأسه»[١١٧٦٥].

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، يَستَحِبّون أن يُذْبح عن الغلام العقيقة يوم السابع، فإن لم يُتَهيأ يوم السابع فيوم الرابع عشر فإن لم يُتهيأ، عُقّ عنه يوم إحدى وعشرين»[١١٧٦٦].

٩٧١٩ ـ قول الحنابلة في وقت الذبح:

وقول الحنابلة: السُّنة أن تُذْبح العقيقة يوم السابع، فإن فات ففي اليوم الرابع عشر، فإن فات ففي اليوم الحادي والعشرين.

وقال ابن قُدَامة الحنبلي: ولا نعلم خِلافاً بين القائلين بمشروعية العقيقة في استحباب ذبحها يوم السابع، والأصل فيه حديث سَمُرَةَ عن النبي ﷺ أنه قال: «كل غلام رهينة بعقيقته تُذْبح عنه يوم سابعِهِ، ويُسمّى فيه ويُحْلَق رأسه».

وأما استحباب ذبحها في اليوم الرابع عشر إن لم يَتَهيأ الذبح في اليوم السابع، وفي اليوم الحادي والعشرين إن لم يَتهيّأ الذبح في اليوم الرابع عشر، فالحجّة فيه قول عائشة رضي الله عنها، وهذا تقدير، والظاهر أنها لمتقُله إلا توقيفاً، ومع هذا كلّه إذا ذبح قبل ذلك أبو بعده أجزأه؛ لأن المقصود يحصل وهو ذبح العقيقة، وإن تجاوز اليوم الحادي والعشرين، احتمل أن يُسْتحبّ في كل سابع يوم بعد الحادي والعشرين، فتذبح في اليوم الثامن والعشرين، ثم في اليوم الخامس والثلاثين، وهكذا قياساً على ما قبله، واحتمل أن يجوز في كل وقت لأن هذا قضاء

(١١٧٦٣) «المغني» ج٨، ص٦٤٩.

(١١٧٦٤) «سنن أبي داود» ج٨، ص٣٨.

(١١٧٦٥) «جامع الترمذي» ج٥، ص١١٣.

(١١٧٦٦) «جامع الترمذي» ج٥، ص١١٥.

فائت، فلم يتوقف على يوم معين(11767).

٩٧٢٠ - قول الظاهرية في وقت الذبح:

قال ابن حزم الظاهري: «يُذبح في اليوم السابع من الولادة، ولا يُجْزىء قبل اليوم السابع أصلاً، فإن لم يذبح في اليوم السابع ذبح بعد ذلك متى أمكن(11768).

٩٧٢١ - قول المالكية:

قال ابن حجر العسقلاني وهو يعلق على حديث رسول الله ﷺ: «يُذبح عنه يوم السابع» تمسك بهذا الحديث من قال إن العقيقة مؤقتة باليوم السابع، وإن من ذبح قبله لم يقع الموقع وإنها تفوت بعده، وهو قول مالك، وقال أيضاً: إن مات قبل اليوم السابع سقطت العقيقة.

وفي رواية ابن وهب - وهو من أصحاب مالك - عن مالك: إن من لم يُعقّ عنه في السابع الأول عُقَّ عنه في السابع الثاني. قال ابن وهب: ولا بأس أن يُعَقَّ عنه في السابع الثالث(11769).

٩٧٢٢ - القول الراجح:

والراجح إن المستحب ذبح العقيقة في اليوم السابع؛ لأن السنّة وردت بذلك، ولكن لو ذبح قبل هذا التاريخ أو بعده أجزأه؛ لأن المقصود يحصل بذبحه في أي وقت ذبح كما قال ابن قُدامة، ولكن يفوته الاستحباب.

٩٧٢٣ - هل يُعدّ يوم الولادة من الأيام السبعة؟

قال الإمام ابن حزم: «ويُعدّ في الأيام السبعة التي ذكرنا يوم الولادة، ولو لم يبق منه إلا يسير»(11770).

وقال ابن حجر العسقلاني وهو يشرح قوله ﷺ: «يُذْبح عنه يوم السابع» أي من يوم الولادة، وهل يحسب يوم الولادة؟ قال ابن عبد البرّ: نصَّ مالك على أنَّ أول السبعة هو اليوم الذي يلي

(١١٧٦٧) «المغني» ج٨، ص٦١٤.

(١١٧٦٨) «المحلىٰ» لابن حزم ج٧، ص٥٢٣.

(١١٧٦٩) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٤.

(١١٧٧٠) «المحلىٰ» ج٧، ص٥٢٣.

يوم الولادة، إلا إذا ولد قبل طلوع الفجر، وكذا نقله البُويطي عن الشافعي، ونقل الرافعي من الشافعية وجهين ورجّح حُسْبَان يوم الولادة»(١١٧٧١).

٩٧٢٤ ـ الحِكْمَة في ذبح العقيقة في اليوم السابع:

في الحديث الشريف: «يُذبح عنه يوم السابع» وقال الإمام الدَّهْلَوي رحمه الله تعالى: «وأما تخصيص اليوم السابع فلأنه لا بد من فصل بين الولادَة والعقيقة فإن أهله مشغولون بإصلاح الوالدة والولد في أول الأمر، فلا يُكَلّفون حينئذٍ بما يُضاعِف شُغْلَهم، وأيضاً فرب إنسان لا يملك شاة إلا بسعي، فلو سُنّ كون العقيقة في أول يوم الولادة لضاق الأمر عليهم. والسبعة أيام مدّة صالحة للفصل المعتد به»(١١٧٧٢).

٩٧٢٥ ـ من يتحمل العقيقة؟

أ ـ عند الحنابلة والشافعية:

قال ابن حجر العسقلاني: وقوله ﷺ: «يُذبح عنه يوم السابع» جاء في الفعل (يُذْبح) بالضم على المبني للمجهول، وفيه: إنه لا يتعين الذابح.

وعند الشافعية يتعين من تلزمه نفقته، وعند الحنابلة يتعين الأب، إلا إن تَعَذَّر بموت أو امتناع، ونصّ مالك على أنه يُعَقُّ عن اليتيم من ماله، ومنعه الشافعية(١١٧٧٣).

٩٧٢٦ ـ ب ـ عند الظاهرية:

قال ابن حزم الظاهري: «وهي ـ أي العقيقة ـ في مال الأب أو الأم بأن لم يكن له أب أو لم يكن للمولود مال، فإن كان له مال فهي في ماله، وإن مات قبل السابع عُقّ عنه كما ذكرنا ولا بد»(١١٧٧٤).

٩٧٢٧ ـ هل تُسّن العقيقة بعد البلوغ؟

(١١٧٧١) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٥.

(١١٧٧٢) «حجة الله البالغة» للدهلوي ص٣٢٨.

(١١٧٧٣) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٥.

(١١٧٧٤) «المحلىٰ» لابن حزم ج٧، ص٥٢٣ـ٥٢٤.

قال الرافعي من الشافعية: إن أُخِّرت العقيقة عن البلوغ سقطت عمن كان يريد أن يُعَقَّ عنه، لكن إن أراد أن يَعُقّ عنه نفسه فعل.

وعن محمد بن سيرين قال: لو أعلم أني لم يُعقّ عني لعققتُ عن نفسي، واختاره القَفّال من فقهاء الشافعية[١١٧٧٥].

وسُئِل الإمام أحمد عن هذه المسألة، أي إذا بلغ ولم يَعُقَّ عنه، قال ذلك على الولد، يعني لا يَعُقُّ عن نفسه إذا بلغ، لأن السُّنة في الحقيقة في حق غيره.

وقال عطاء والحسن: يعق عن نفسه لأنها مشروعة عنه؛ ولأنه مُرتهن بها فينبغي أن يُسرَع له فكاك نفسه، ورجّح ابن قُدامة الحنبلي مذهب الإمام أحمد فقال: «ولنا، أنها مشروعة في حق الوالد، فلا يُكلَّف بفعلها غيره كصدقة الفطر»[١١٧٧٦].

٩٧٢٨ ـ عيد الميلاد للصغار والكبار:

من الأمور التي أخذت تنتشر بين المسلمين، لا سيما بين أهل المدن، ما يفعله بعضهم عند حلول يوم ميلاد ولدهم في كل سنة ذكراً كان أو أنثى، ويُسمّون ذلك اليوم (عيد الميلاد)، أي عيد ميلاد ولدهم، فيقيمون له احتفالاً يحضره أفراد العائلة وأقاربهم، ويحضره الولد نفسه، وينصبون صيواناً كبيراً أو يصُفّون طاولة كبيرة، وعليها قطعة كبيرة من الحلوى المصنوعة من الطحين والسكر والدهن والجوز ويسمونها «كعكة الميلاد»، وربما صنعوها أو جعلوها طوابق دائرية الشكل، وأحاطوها بشموع يوقدونها بعدد سنوات عمر ولدهم الذي يقيمون الاحتفال له، ثم يقطع الولد نفسه أو أحد أبويه إن كان الولد صغيراً جداً فيأخذ قطعة من «كعكة الميلاد»، ثم يتبعه الحاضرون بأخذ قطع منها.

٩٧٢٩ ـ عيد الميلاد بدعة منكرة:

ولا شك أن هذا الذي يسمونه (عيد الميلاد) والذي وصفناه، هو من البِدَع المُنْكَرة الواجب تركها والإنكار عليها، وهو من أفعال غير المسلمين التي أخذ المسلمون أو بعضهم بتقليدهم فيها، وهذا أمر محظور شرعاً، فقد جاء في الحديث الشريف: «من تشبه بقوم فهو منهم»[١١٧٧٧].

(١١٧٧٥) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٩٤ـ٥٩٥.

(١١٧٧٦) «المغني» ج٨، ص٦٤٦.

(١١٧٧٧) أخرجه أبو داود كما جاء في «الجامع الصغير» للسيوطي ج٢، ص٥١٠، ورقم الحديث ٨٥٩٣.

وجاء في شرحه: من تشبه بقوم أي تزيا في ظاهره بزيِّهم، وفي تصرفه بفعلهم، وفي تخلقه بخُلُقِهم، وسار بسيرتهم وهديهم في مَلْبَسهم وبعض أفعالهم.

وقال بعضهم: قد يقع التشبه في أمور قلبية من اعتقادات وإرادات وأمور خارجية من أقوال وأفعال، قد تكون عبادات، وقد تكون عادات، في نحو طعام ولباس ومسكن ونِكاح واجتماع وافتراق وسفر وإقامة وركوب وغيرها، وبين الظاهر والباطن ارتباط ومناسبة، وقد بعث الله المصطفى ﷺ، فكان مما شرعه الله له من الأقوال والأفعال ما يخالف سبيل المغضوب عليهم، والضالين ـ أي اليهود والنصارى ـ وغيرهم من الكفار، فأمر بمخالفتهم في الأمور الظاهرية التي يفعلونها؛ لأن المشاركة في الأمور الظاهرية قد تجر إلى موافقتهم ومشابهتهم في أخلاقهم وأفعالهم، وهذا أمر محسوس يقع بين المتشابهين في الأمور الظاهرة، فمثلاً من يلبس لباس العلماء أو الجند يجد في نفسه نوع انضمام إليهم، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية ي هذا الحديث: «من تَشَبَّه بقوم فهو منهم» إن أقل أحوال هذا الحديث أنه يقتضي تحريم التَشَبُّه بأهل الكتاب، وإن كان ظاهره يقتضي كفر التشبه بهم كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يتولَّهم منكُم فإنَّهُ مِنْهم﴾ [المائدة: ٥١] وقد يحمل لفظ (منهم) أي يصير منهم في القَدْر المشترك الذي شابههم فيه، فإن كان كفراً أو معصية أو شِعاراً كان حكمه كذلك[١١٧٧٨].

٩٧٣٠ ـ على المسلمين الاكتفاء بما شرعه الإسلام للمولود:

ومن العرض الذي قدمناه يتبين لنا أن عادة «عيد الميلاد» بدعة منكرة يلزم الاقلاع عنها وعلى المسلمين الاكتفاء بما شرعه الإسلام للمولود من عقيقة في يوم سابعِهِ، وعمل وليمة له كما بيّنا، ولا يزيد عليه، وأيضاً فإن المسلمين في عهد الصحابة والتابعين لهم بإحسان لم يعرفوا «عيد الميلاد» لأولادهم، ولم يكونوا يحتفلون في كل سنة في يوم ميلادهم، ولا فعل ذلك أحد منهم، ولنا فيهم قُدْوَة حسنة.

(١١٧٧٨) «فيض القدير شرح الجامع الصغير» للعلامة المناوي ج٦، ص١٠٤.



الفصل الثالث
ثبوت النسب

٩٧٣١ - تمهيد

من مقاصد الشريعة الإسلامية بقاء النوع الإنساني في الحياة الدنيا، إلّا أنها لم تجعل وسيلة ذلك إباحة اتصال ذكران بني الإنسان بإناثه على وجه الشيوع كما هو الحال بالنسبة للحيوانات؛ لأن هذا الأسلوب لا يليق بالإنسان، وتكريم الله له ومكانته الممتازة بين مخلوقات الله تعالى، قال ربنا جلّ جلاله في كتابه العزيز: ﴿ولَقَدْ كرَّمْنَا بَنِي آدمَ وحَمَلْنَاهُم في البرّ والبَحْر. .﴾[(١١٧٧٩)] [الإسراء: ٧٠]. ولهذا شرع الله تعالى الزواج الشرعي هو السبيل الوحيد لإيجاد النسل وبقاء نوع الإنسان في الأرض ما دامت الحياة الدنيا قائمة؛ ولأن هذه السبيل هي اللائقة بالإنسان.

وإذا كان الزواج الشرعي هو وسيلة إيجاد النسل، أي الأولاد، فإن الولد الذي خلقه الله من ماء الزوجين ينسب إليهما؛ لأنه بهذا النسب يظفر برعايتهما وتربيتهما على وجه مقبول مناسب لكرامة الإنسان. ولكن نسب الولد عن طريق الزواج لأبويه يكون وفق قواعد وضوابط معينة يثبت بها هذا النسب، وبالتالي تترتب عليه الأحكام الشرعية المقررة له.

٩٧٣٢ - منهج البحث:

ولغرض جمع شتَات الموضوع وما يتعلق به، وعرضه على وجه واضح، آثرتُ تقسيم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بالنَسَب وبيان طبيعة قواعده.
المبحث الثاني: نَسَب المولود حال قيام النِكاح الصحيح.
المبحث الثالث: نَسب المولود من نِكاح فاسد أو وطءٍ بشبهة.
المبحث الرابع: نَسَب ولد المُطَلَّقة والمُتوفى عنها زوجها.

(١١٧٧٩) [سورة الأسراء الآية ٧٠].

المبحث الخامس: نَسَب ولد المُعْتَدة من نِكاح فاسد أو وطءٍ بشبهة.
المبحث السادس: إثبات الوِلادَة وتعيين شخصية المولود.
المبحث السابع: نسب ولد الزنى.
المبحث الثامن: نسب المولود بغير جماع وبالتلقيح الصناعي.
المبحث التاسع: ثُبُوت النَسَب بالإقرار وبالبيِّنة.
المبحث العاشر: ثُبُوت النَسَب بالقَافة.
المبحث الحادي عشر: نَسَب اللقيط.
المبحث الثاني عشر: التبني وعدم ثبوت النسب به.

المبحث الأول

التعريف بالنسب وبيان طبيعة قواعده

٩٧٣٣ ـ تعريف النَسَب في اللغة:

النَسب في اللغة: نَسَب القرابات وهو واحد الأنساب، والنَسَب: القرابة. وقيل هو في الآباء خاصة.

وفي «التهذيب»: النسب يكون بالآباء ويكون إلى البلاد ويكون في الصناعة. ويقال للرجل إذا سئِل عن نسبه: استنسِب لنا، أي انتسب لنا حتى نعرفك، ونسبت فُلاناً إلى أبيه أنسِبُه نَسَباً إذا رفعتُ في نَسَبه إلى جَدّه الأكبر(١١٧٨٠).

٩٧٣٤ ـ النسب في الاصطلاح الفقهي:

والنَسَب في الاصطلاح الفقهي يقوم على أساس معناه اللغوي، وهو صلة الشخص بغيره على أساس القَرَابة القائمة على صِلة الدم.

٩٧٣٥ ـ الإنسان ينسب إلى أبيه:

والغالب في استعمال النَسَب أن يُنْسَب الإنسان إلى أبيه، ولهذا لمَّا أبطل الله تعالى نظام التبني وأمرنا بإرجاع نسب الأولاد بالتبني إلى أنسابهم الحقيقية قال تعالى: ﴿**ادْعُوهم لآبائهم هو أقسطُ عند الله**﴾ [الأحزاب: ٥]. قال القرطبي في هذه الآية: فأرشد تعالى بقوله هذا إلى أن الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه(١١٧٨١).

٩٧٣٦ ـ تصريح الفقهاء بأن نسب الولد لأبيه:

وكذلك صرَّح الفقهاء بأن نسب الولد لأبيه مما يدل على أن الغالب في إطلاق نسب الإنسان هو نسبه لأبيه.

(١١٧٨٠) «لسان العرب» ج٢، ص٢٥٢.

(١١٧٨١) «تفسير القرطبي» ج١٤، ص١١٩، والآية في سورة الأحزاب ورقمها ٥.

جاء في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «إذا شهدت امرأة مرضية بولادتها له، لحقه نسب الولد. وتبعية نسب للأب إجماعاً لقوله تعالى: ﴿ادعوهُم لآبائِهم﴾ [الأحزاب: ٥]»[11782]. ويقول ابن القيم: «إن النسب في الأصل للأب»[11783]، ولكن هذا لا يعني أنه غير منسوب إلى أمه أو لا ينسب إليها لأن نسبه إليها ثابت قطعاً لانفصاله منها، وإن المقصود أن الإنسان ينسب إلى أبيه عادة.

٩٧٣٧ ـ انقطاع نسب الولد عن أبيه يلحقه بأمه فقط:

وإذا انقطع نسب الولد عن أبيه كما في اللِّعان، فإن نسب الولد يكون للأم فقط، قال ابن القَيِّم وهو يتكلم عن أحكام اللِّعان بين الزوجين: «الحكم السادس: انقطاع نَسَب الولد من جهة الأب؛ لأن رسول الله ﷺ قضى أن لا يُدْعى ولدها لأب.. الحكم السابع: إلحاق الولد بأمه عند انقطاع نسبه من جهة أبيه..»[11784].

٩٧٣٨ ـ الإنسان يُعرف بنسبه إلى أبيه:

ومما تقدم يُعرف أن الإنسان يُعرف بنسبه إلى أبيه، وإذا أريد تعريفه ذكر نسبه إلى أبيه لا إلى أمه، وإن كان نسبه ثابتاً من أمه، كما أشرنا إلى هذا.

٩٧٣٩ ـ في النسب حق الله وحق العبد:

في النسب حق الولد وحق الوالد وحق الله تعالى، فمن حق الولد أن يثبت نسبه من أبيه الذي خلقه الله من مائه، لتكون له الحقوق التي قررها الشرع له ولهذا لا يملك الوالد نفي نسب ولده بعد ثبوته.

وفي النسب حق الوالد، فمن حقه أن ينسب إليه الولد الذي خلقه الله من مائه بنكاح شرعي صحيح، وما يترتب على هذا النسب من حقوق للوالد على ولده، وفي النسب حق الله؛ لأن الله تعالى أمر بهذا النسب القائم على هذه الرابطة المادية، وهي إيجاد الولد وخلقه من ماء الأب، ولهذا أبطل الله تعالى التبني، لأنه من قبل تزوير النسب.

٩٧٤٠ ـ طبيعة قواعد النسب:

قلنا إن في النسب حق الله وحق الولد، ومن ثم لا يملك أحد نفي نسب الولد بعد ثبوته،

(١١٧٨٢) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٣٢٠.

(١١٧٨٣) «زاد المعاد» لابن القيم ج٤، ص١١٠.

(١١٧٨٤) «زاد المعاد» لابن القيم ج٤، ص١٠٩.

أو إثباته لغير صاحبه، ولهذا أبطل الله تعالى التبني، فلا يجوز شرعاً أن ينسب الإنسان إليه من ليس ولده حقيقة، كما كان يفعل أهل الجاهلية وكذلك لا يملك أحد أن ينفي نسب مولود عنه إلا وفق شروط معينة بحثها الفقهاء في بحث اللِّعان وسنبيِّنها فيما بعد إن شاء الله تعالى، وعلى هذا فإن طبيعـة قواعد النسب التي يثبت بموجبها نسب الولد أنها لا يجوز الخروج عليها ولا الاتفاق على ما يخالفها، ولا التنازل عنها، لأن فيها حق الله وحق الولد، فهي تشبه قواعد النظام العام عند القانونيين الي لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على ما يخالفها.

٩٧٤١ ـ أهمية طبيعة قواعد النسب:

قلنا إن قواعد النسب، لأن فيها حق الله وحق الولد، لا يجوز الخروج عليها ولا التنازل عنها، ولا الاتفاق على ما يخالفها، وهذه هي طبيعتها. وفي هذه الطبيعة للنسب وقواعده أهمية كبيرة جداً في استقـرار العائلة وثبوت الأنساب وعدم اختلاطها أو التلاعب بها، وصيانتها من الأهواء والنزوات، كما أن فيها ضمانة قوية لثبوت نسب الولد والمحافظة على مركزه الشرعي في المجتمع، وما يترتب على هذا المركز من حقوق له أو عليه، وإبعاد الغرباء عن طريق التبني من مشاركته في نسبه الحقيقي، وهذا كلّه مما انفردت به الشريعة الإسلامية، واختصت بهع مما لا نجد له مثيلاً في الشرائع القديمة والقوانين الوضعية القديمة والحديثة. وسيتضح ذلك في المباحث القادمة التي نبين فيها قواعد ثبوت النسب في مختلف الحالات والأحوال، بعون الله ومشيئته.

المبحث الثاني

نسب المولود حال قيام النكاح الصحيح

٩٧٤٢ ـ الولد للفراش:

جاء في الحديث الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «**الولد للفِراش وللعاهر الحجر**»، رواه الإمامان البخاري ومسلم وغيرهما فهو حديث متفق على صحته(١١٧٨٥).

٩٧٤٣ ـ معنى «الولد للفِراش» في اللغة:

جاء في «لسان العرب» لابن منظور رحمه الله تعالى: «الولد للفراش» معناه: الولد لمالك الفراش وهو الزوج أو المولى، أي السيد، أي المالك بالنسبة (لَلأَمة)، وهذا مختصر الكلام كقوله تعالى: ﴿**واسأل القرية**﴾ [يوسف: ٨٢]، أي أهل القرية. والمرأة تسمى فِراشاً، لأن الرجل يفترشها(١١٧٨٦).

٩٧٤٤ ـ معنى «الولد للفراش» عند الفقهاء:

أولاً: قال الإمام النَّووي: وأما قوله ﷺ: «الولد للفراش» فمعناه أنه إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فِراشاً له، فإذا أتت بولد لمدة إمكان كونه منه لحقه الولد، أي صار ولداً له يجري بينهما التوارث وغيره من الأحكام.. الخ»(١١٧٨٨).

ثانياً: وقال الإمام علاء الدين الكاساني: «وقوله ﷺ: الولد للفراش» أي (لصاحب الفراش) إلا أنه أضمر المضاف فيه اختصاراً، كما في قوله تعالى: ﴿**واسأل القرية**﴾ [يوسف: ٨٢] ونحوه. والمراد من (الفراش) هو المرأة فإنها تسمى (فِراش الرجل) وسميت المرأة فِراشاً، لما

(١١٧٨٥) «صحيح البخاري» ج١٢، ص١٢٨، «صحيح مسلم» ج١٠، ص٣٧، «جامع الترمذي» ج٤، ص٣٢١، «سنن النسائي» ج٦، ص١٤٨، «سنن ابن ماجه» ج١، ص٦٤٧.

(١١٧٨٦) «لسان العرب» لابن منظور ج٨، ص٢٦٨.

(١١٧٨٨) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٠، ص٣٧ـ٣٨.

أنها تُفْرَش وتبسط بالوطء عادة»[11789].

ثالثاً: وقال العلامة المناوي في شرحه للحديث الشريف: «الولد للفراش» الولد يقع على المذكر والأُنثى والمفرد والجمع.

وقوله (للفِراش) أي الولد تابع للفِراش أو محكوم به للفِراش أي لصاحب الفِراش زوجاً كان أو سيداً لأَمَة؛ لأنهما يَفْتَرِشان المرأة بالاستحقاق، سواء كانت المُفترشة حُرَّةً أو أَمَةً، ومحل كون الولد تابعاً لصاحب الفِراش إذا لم ينفِه بما شرع لِنفيه كاللِّعان..»[11790].

رابعاً: وقال الفقيه الزَّيْلَعي من فقهاء الحنفية: المراد بالفِراش شرعاً في قوله ﷺ: «الولد للفراش» هو تعين المرأة للولادة لشخص واحد[11791].

٩٧٤٥ ـ الخلاصة في معنى «الولد للفراش»:

وفي ضوء ما تقدم يُعرف أن معنى: «الولد للفراش» أن الولد (لصاحب الفِراش) كما جاء بهذا اللفظ في رواية للبخاري لهذا الحديث[11792]. وصاحب الفِراش هو الزوج، والفراش كناية عن الزوجة؛ لأن الزوج يحق له افتراشها شرعاً بموجب عقد النكاح فيكون معنى الحديث (الولد للفراش) أن ما تحمله الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها باعتباره ولده منها[11793]، وهذا كلّه إذا توافرت شروط ثبوت النسب التي سنذكرها.

٩٧٤٦ ـ أهمية مبدأ «الولد للفِراش»:

(الولد للفِراش) حديث صحيح في غاية الصحة ومتفق عليه، ومعناه كما ذكرنا أن الولد لصاحب الفراش، أي الزوج، أي أن المولود الذي تَلِدُه، وقد حملت به حال قيام النِكاح الصحيح ينسب إلى صاحب الفِراش، وهو الزوج، لأنه بعقد النكاح الصحيح صارت الزوجة فِراشاً له وتعينت للوِلادة له دون غيره، فكان هو صاحب الفراش الذي ينسب إليه ما تلده الزوجة من ولد حملت به حال قيام النِكاح الصحيح.

(11789) «البدائع للكاساني» ج٦، ص٢٤٢.

(11790) «فيض القدير شرح الجامع الصغير» للعلامة المناوي ج٦، ص٣٧٧.

(11791) «شرح الكنز» للزيلعي ج٣، ص٤٣، نقلاً عن كتاب «النسب» وآثاره. للدكتور محمد يوسف موسىٰ ص٤.

(11792) «نيل الأوطار» ج٦، ص٢٧٩.

(11793) ومن المعلوم أن الولد الذي ولدته الزوجة إذا ثبت نسبه من الزوج باعتباره ولده منها يثبت نسبه من الزوجة باعتباره ولدها منه أي من الزوج وهي أمه.

وهذا المبدأ العظيم الذي جاء به حديث رسول الله ﷺ يعطى حماية وصيانة لنسب الولد وحماية لشرف الزوجة وعرضها من العَبَث والافتراء عليها، فما تلده المرأة من ولد على فِراش الزوجية ينسب إلى أبيه الزوج، دون حاجة إلى اعتراف به، لأن وِلادَته على فِراش الزوجية قرينة كافية لكونه من الزوج، وأنه خلق من مائه، ولذلك فهو ينسب إليه باعتباره ولده.

بل إن الحنفية ذهبوا إلى مدى بعيد جداً في الأخذ بهذا المبدأ المستفاد من الحديث الشريف «الولد للفراش» فاعتبروه قرينة مقبولة على ثبوت نسب ما تلده الزوجة من ولد بعد أن صارت فِراشاً لزوجها بموجب عقد النكاح إذا جاءت بالولد لأقل مدّة الحمل من تاريخ عقد النكاح، وإن لم يثبت اجتماع الزوجين أو تلاقيهما تعلقاً منهم بعموم الحديث الشريف «الولد للفراش» وحرصاً على كرامة المرأة وعرضها من العبث وحفظاً لمصلحة الولد وحقه في ثبوت النسب من أبيه.

٩٧٤٧ ـ أهمية أخرى لمبدأ «الولد للفراش»:

وتظهر أهمية أخرى لهذا المبدأ العظيم «الولد للفراش» الذي جاء به الحديث النبوي الشريف بكونه هو المعول عليه والمنظور إليه عند حصول الشبهة في نسب المولود، وكونه من صاحب الفِراش، كما لو جاءت الزوجة لولد يختلف لونه عن لون الزوج والزوجة، كما لو جاءت به ولداً أسود وهما أبيضان، أو جاءت به بتقاطيع وجهه على نحو تختلف اختلافاً كلياً مع تقاطيع الزوج والزوجة، فلا اعتبار لهذه الشبهة المتأتية من اختلاف الولد مع الزوج أو معه ومع الزوجة في اللون، أو تقاطيع وسمات الوجه ونحوه؛ لأن هذه الاختلافات قد يكون مردها قوانين الوراثة التي يخضع لها المولود، فيكون مثلاً لونه أسود مع أن لون الزوجين أبيض، لأن أحد أجداد هذا المولود كان أسود اللون فجاء لون هذا الحفيد ـ هذا المولود ـ كلون جده البعيد..

وفي هذا صيانة عظيمة لشرف المرأة وعرضها وكرامتها من الامتهان ورميها بما هي بريئة منه.

٩٧٤٨ ـ دليل ما قلناه:

وقد دلّ على ما قلناه حديث رسول الله ﷺ الذي أخرجه الإمامان الجليلان البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، وُلِدَ لي غلام أسود، فقال ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم. قال: ما ألوانها؟ قال: حمر. قال هل فيها من أورق؟ قال: إن فيها لورقاً. قال: فأنى أتاها ذلك؟ قال: لعلّه نزعه عرق. قال: فلعلّ ابنك هذا نزعه عرق»(١١٧٩٤).

(١١٧٩٤) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٢٢، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، =

الأورق هو الأسمر كما جاء في النهاية لابن الأثير[11795] والمراد بالعرق هنا الأصل من النسب، ومعنى نزعة أشبهه واجتذبه إليه وأظهر لونه عليه. وأصل النزع الجذب فكأنه جذبه إليه لشبهه، يقال: نزع الولد لأبيه وإلى أبيه.

وفي هذا الحديث الشريف أن الولد يلحق بالزوج أي ينسب إليه وإن خالف لونه لون الزوج حتى لو كان الأب ـ أي الزوج ـ أبيض والولد أسود أو عكسه لحقه ونسب إليه ولا يحل له ـ أي للزوج ـ نفيه بمجرد المخالفة في اللون. وكذا لو كان الزوجان أبيضين فجاء الولد أسود وعكسه لاحتمال أنه نزعه عرق من أسلافه.

وفي الحديث أيضاً دليل على لزوم تقديم حكم الفراش على ما يشعر به مخالفة الشبه بين المولود وبين الزوج. وفي الحديث أيضاً دلالة على الأخذ بالاحتياط للأنساب وإبقائها مع الإمكان[11796].

٩٧٤٩ ـ شروط ثبوت النسب:

قلنا إن معنى: «الولد للفِراش» أن ما تحمله الزوجة من ولد حال قيام النكاح الصحيح بينها وبين زوجها ينسب هذا الحمل بعد ولادته إلى الزوج باعتباره ولده منها، ولكن لا يتحقق ذلك إلا بتحقق شروط معينة هي:

أولاً: إمكان كون الولد منه، ـ أي من الزوج ـ.
ثانياً: أن تلده الزوجة لمدة لا تقل عن أدنى مدّة الحمل.
ثالثاً: أن لا ينفي الزوج نسب هذا المولود منه.

٩٧٥٠ ـ الشرط الأول: إمكان كون الولد من الزوج:

ومعنى الشرط أن يكون الزوج في حال يُتصور منه الوطء وإحبال زوجته لقدرته على الوطء والإنزال ـ أي أنزال المني ـ وهذا يتحقق عادة إذا كان الزوج بالغاً سليم الآلة ـ آلة الجماع أي ذكره ـ ولا خلاف في هذا[11797].

فإذا كان الزوج دون سن البلوغ، أو كان عاجزاً عن الوطء والإنزال ولو تجاوز سن البلوغ

= ص١٣٣-١٣٤.

(١١٧٩٥) «النهاية» لابن الأثير ج٥، ص١٧٥.

(١١٧٩٦) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١٣٣-١٣٤، و«صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٢٢-٤٢٣.

(١١٧٩٧) «المغني» ج٧، ص٤٢٨-٤٢٩.

وولدت زوجته ولداً، فهل يثبت نسبه من الزوج أم لا؟

في المسألة شيء من التفصيل حسب حالات الزوج من جهة سنّه، ومن جهة قدرته على الوطء والإنزال، ونوجز هذه الحالات فيما يلي:

٩٧٥١ ـ الحالة الأولى: الزوج الصغير لا يلحق به نسب المولود:

إذا كان الزوج صغيراً وولدت زوجته ولداً لم يلحقه هذا الولد ولا يثبت نسبه منه، وعلل الفقهاء ذلك بأن الصغير لا ماء ـ مني ـ له ولا يتأتى منه الجماع، فلا يتصور منه العلوق، وبهذا صرّح الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية[11798].

٩٧٥٢ ـ الحالة الثانية: إذا احتلم الصغير لحقه نسب المولود:

وإذا كان الأصل عدم إلحاق المولود بالزوج الصغير لكونه لا قدرة له على الجماع، ولا يتأتى منه الإنزال لأنه لا ماء (مني) له، فإذا احتلم الصغير في يقظة أو منام، فمعنى ذلك أنه صار قادراً على الوطء والإنزال والإحبال؛ لأنه صار بالغاً بالعلامة، ـ أي بالإنزال ـ وإن كان صغيراً لم يبلغ بعد بالنظر إلى عمره بالسنين، فإذا ولدت زوجته لحق نسب الولد بالزوج. ولكن في أي سن يمكن للصغير أن يحتلم فيها، وبالتالي يمكن إلحاق نسب ما تلده زوجته به؟ اختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة نوجزه كما يأتي:

٩٧٥٣ ـ أدنى سنّ الاحتلام للغلام:

أولاً: عند الحنفية:

عند الحنفية أدنى سن الاحتلام للغلام بلوغه اثنتي عشرة سنة، جاء في «المبسوط» للإمام السرخسي: «فأما البلوغ بالعلامة: فالغلام بالاحتلام أو الإحبال وأقل المدّة في ذلك اثنتا عشرة سنة»[11799].

وعلى هذا إذا جاءت الزوجة بولد وزوجها دون سن الاحتلام لم يثبت نسبه منه، وإن جاءت به وعمر زوجها اثنتا عشرة سنة ثبت نسبه منه، جاء في «أحكام الصغار» «صبي ابن عشر سنين

(١١٧٩٨) «النهاية» و«فتح القدير» ج٣، ص٢٨١-٢٨٣، «أحكام الصغار» للأسروشني ج٢، ص١٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠، ٣٩٦، «نهاية المحتاج» ج٧ ص١١٥، «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٤٩٣، «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٦٠، «المغني» لابن قدام الحنبلي ج٧، ص٤٢٨-٤٢٩، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٤.

(١١٧٩٩) «المبسوط» للسرخسي، ج٩، ص١٨٤.

تزوج امرأة وجاءت بولد لا يثبت النسب؛ لأن أدنى البلوغ ـ أي البلوغ بالاحتلام أو الإحبال ـ اثنتا عشرة سنة»[11800].

٩٧٥٤ ـ **ثانياً: عند الجعفرية:**

وعند الجعفرية يمكن لابن عشر سنين فما زاد الجماع والإنزال، وبالتالي إذا ولدت زوجته وهو في هذه السن، أن ينسب إليه الولد، فقد جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ولا يلحق الولد ـ أي بالزوج ـ حتى يكون الوطء ممكناً والزوج قادراً. فلو دخل بالصبي لدون تسع سنين فولدت لم يلحق به، ولو كان له عشر سنين فما زاد لحق به لامكان البلوغ في حقه ولو كان نادراً»[11801].

٩٧٥٥ ـ **ثالثاً: عند الحنابلة**[11802]:

أ ـ إن كان الزوج صغيراً عمره أقل من عشر سنين، فهذا لا يمكنه الوطء، فإذا ولدت زوجته وهو في هذا العمر لم يلحق به المولود.

ب ـ إن كان الزوج له عشر سنين من العمر فحبلت امرأته لحقه ولدها لقوله ﷺ: واضربوهم على الصلاة لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع.

جـ ـ وقال القاضي من الحنابلة: يلحق به إذا ولدته لتسعة أعوام ونصف عام (مدّة الحمل) أي إذا ولدته وعمر الزوج تسعة أعوام ونصف، لأن الجارية يولد لها وعمرها تسع سنوات، فكذلك الغـلام. قال أبو بكر من الحنابلة لا يلحقه حتى يبلغ الزوج؛ لأن الولد إنما يكون من الماء ـ المني ـ ولا يحصل عنده إنزال حتى يبلغ.

د ـ رجح ابن قدامة الحنبلي القول بأن الزوج إن كان له عشر سنين وحملت امرأته لحقه ولدها. واحتج لترجيحه هذا بأن هذه السن يمكن فيها البلوغ ـ أي البلوغ بالاحتلام، فيلحقه الولد كالبالغ المتيقن بلوغه. وأمرُ النبي ﷺ بالتفريق بينهم، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولد.

وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها وعمرها تسع سنوات عادة، والغلام لا يمكنه الاستمتاع وعمره تسع سنوات، والأنثى قد تحيض لتسع سنوات

(١١٨٠٠) «جامع أحكام الصغار» للأسروشني ج٢، ص١٦.

(١١٨٠١) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٤.

(١١٨٠٢) «المغني» ج٧، ص٤٢٨-٤٢٩، «كشاف القناع» ج٣، ص٢٤٥، ٢٥٣.

من عمرها، وما عهدنا بلوغ غلام - أي بالاحتلام - لتسع سنوات من عمره.

٩٧٥٦ - لحوق المولود بمن عمره عشر سنوات لا يجعله مكلفاً:

ولحوق المولود بالزوج الذي عمره عشر سنوات، لا يجعله - أي الزوج - مكلفاً بالأحكام الشرعية؛ لأن شرط التكليف البلوغ يقيناً، وبلوغه بالاحتلام لا يجعله بالغاً يقيناً؛ لأن الحكم ببلوغه يقيناً يستدعي ترتيب الأحكام والتكاليف الشرعية عليه التي تجب بالبلوغ المتيقن، فلا يحكم عليه بها مع الشك في بلوغه وبإلحاق الولد به لحفظ النسب احتياطاً[١١٨٠٣].

٩٧٥٧ - الحالة الثالثة: الزوج المجبوب لا يلحق به نسب المولود:

أ - عند الشافعية:

وإذا كان الزوج مجبوباً وولدت زوجته ولداً لم يلحقه ولا يثبت نسبه منه لعدم إمكان علوق زوجته منه وهو مجبوب.

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإنما يحتاج الملاعن إلى نفي نسب ولد ممكن كونه منه، فإن تعذر كون الولد منه لم يلحقه الولد لاستحالة كون الولد منه، فلا حاجة إلى انتفائه باللعان، ومن صور التعذر ما لو كان الزوج صغيراً أو ممسوحاً على المذهب»[١١٨٠٤].

٩٧٥٨ - ب - عند المالكية:

وعند المالكية لا يثبت نسب الولد من الزوج إذا حملت به الزوجة وزوجها مجبوب لاستحالة حملها منه.

فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «أو تأتي به - أي تأتي بالولد - وهو أي الزوج صبي حين الحمل أو مجبوب فينتفي عنه الولد بغير لعان لاستحالة حملها منه حينئذٍ».

وقال الفقيه الدسوقي تعليقاً على هذا القول: قوله: (لاستحالة حملها منهما حينئذٍ) أي عادة لا عقلاً. ونصّ التوضيح: «أو هو - أي الزوج - صغير أو مجبوب» أي فينتفي الولد عنهما بغير لعان لعدم إمكان الحمل منهما في العادة، وهو ظاهر»[١١٨٠٥].

(١١٨٠٣) «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة ج٣، ص٣١٧.

(١١٨٠٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠، والممسوح عند الشافعية هو المقطوع كل ذكره وانثييه وعللوا عدم لحوق الولد به بأنه لا ينزل: «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٦.

(١١٨٠٥) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٦٠.

٩٧٥٩ ـ عند الحنابلة وغيرهم:

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن ولدت امرأة من مقطوع الذكر والانثيين لم يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم؛ لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج»[١١٨٠٦].

٩٧٦٠ ـ الشرط الثاني: أن تلده لأدنى مدّة الحمل فأكثر:

والشرط الثاني لثبوت النسب للمولود حال قيام النكاح الصحيح أن تلده الزوجة لأقل مدّة الحمل فأكثر، وهذا الشرط يتطلب بيان شيئين (الأول) أقل مدّة الحمل. (والثاني) من أي وقت يكون ابتداء أقل مدّة الحمل، وهذا ما سنبيِّنه في الفقرات التالية:

٩٧٦١ ـ أقل مدّة الحمل:

أقل مدّة الحمل ستة أشهر، وهذا قول علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه، وجه الاستنباط من الآيتين الكريمتين في كتاب الله العزيز (الأولى): ﴿**وحمله وفِصالهُ ثلاثونَ شهراً**﴾. (والثانية) ﴿**والوالدات يرضعنَ أولادهُنَّ حولينَ كاملينِ لمَن أرادَ أن يتمّ الرضاعة**﴾. فالرضاع أربعة وعشرون شهراً والحمل ستة أشهر[١١٨٠٧].

وروي عن ابن عباس مثل قول علي[١١٨٠٨]، وبه قال الفقهاء من مختلف المذاهب محتجين بالآيتين الكريمتين التي احتج بها علي رضي الله عنه وبعده ابن عباس رضي الله عنه[١١٨٠٩].

٩٧٦٢ ـ ما يترتب على أقل مدّة الحمل:

وعلى هذا فإذا جاءت الزوجة بولد لستة أشهر فأكثر من وقت احتساب هذه المدّة، ثبت نسب المولود من الزوج لقيام النكاح الصحيح. وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت حساب مدّة الحمل لم يثبت نسبه من الزوج، لأنه قد حصل العلوق بالزوجة قبل قيام النكاح على وجه اليقين، فلا يمكن إثبات نسبه منه. ولكن إذا اعترف الزوج بأنه ابنه ولم يصرح بأنه من الزنى، فإن نسبه يثبت منه بجعل الحمل قد حصل من هذا الزوج في فراش آخر، سواء كان

(١١٨٠٦) «المغني» ج٧، ص٤٢٩.

(١١٨٠٧) «تفسير القرطبي» ج١٦، ص١٩٣، الآية الأولىٰ في الأحقاف ورقمها ١٥ والثانية في البقرة «السنن الكبرىٰ» للبيهقي ج٧، ص٤٤٢.

(١١٨٠٨) «السنن الكبرىٰ» للبيهقي ج٧، ص٤٤٢.

(١١٨٠٩) «المبسوط» ج٦، ص٤٤، «نهاية المجتهد» ج٢، ص٩٧، «المحلىٰ» ج١٠، ص٣١٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٨.

ذلك بعقد نكاح صحيح سابقاً مع زوجته الحالية أو بوطء لها بشبهة مراعاة لمصلحة الولد بثبوت نسبه[11810].

٩٧٦٣ ـ وقت ابتداء مدّة الحمل:

وإذا كان أقل مدّة الحمل ستة أشهر وهو محل اتفاق بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في وقت ابتداء مدّة الحمل، ومعرفة هذا الوقت ضرورية حتى نعرف مضي أقل مدّة الحمل. ويمكن رد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: من وقت عقد النكاح.

القول الثاني: من وقت الدخول الحقيقي بالزوجة.

القول الثالث: من وقت إمكان الدخول بالزوجة.

٩٧٦٤ ـ القول الأول: ابتداء المدة من وقت العقد:

وأصحاب هذا القول وهم الحنفية يرون أن ابتداء مدّة الحمل من وقت عقد النكاح الصحيح. وهذا ما ذكره الحنفية في كتبهم مع ما استدلوا به، وذكره عنهم غيرهم. ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم وما استدلوا به.

٩٧٦٥ ـ بعض أقوال الحنفية أصحاب القول الأول:

أولاً: جاء في «البدائع»: «أما النكاح الصحيح فله أحكام (منها) ثبوت النسب، وإن كان ذلك حكم الدخول حقيقة، لكن سببه الظاهر هو عقد النكاح لكون الدخول أمراً باطناً فيقام عقد النكاح مقامه في إثبات النسب، ولهذا قال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وكذا لو تزوج المشرقي بمغربية فجاءت بولد يثبت النسب وإن لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو النكاح»[11811].

ثانياً: وجاء في «المبسوط»: «وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح يثبت نسبه من الزوج؛ لأنها ولدته على فراشه لمدة حبل تام من وقت النكاح»[11812].

ثالثاً: وجاء في «فتح القدير»: «ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج

(١١٨١٠) «العدة شرح العمدة» ص٤٤٣، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٤، «المغني» ج٧، ص٤٧٧.

(١١٨١١) «البدائع» ج٢، ص٣٣١-٣٣٢.

(١١٨١٢) «المبسوط» للسرخسي، ج٦، ص٤٥.

المشرقي بمغربية»[11813].

رابعاً: وفي «الفتاوى الهندية»: «وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها لم يثبت نسبه، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ـ أي منذ تزوجها ـ يثبت نسبه منه، اعترف به الزوج أو سكت»[11814].

٩٧٦٦ ـ ما رتبه الحنفية على قولهم هذا:

وقد رتب الحنفية على قولهم الذي ذكرناه وهو أن ابتداء حساب مدّة الحمل هو من وقت العقد أن الرجل لو تزوج المرأة ثم طلقها بعد العقد مباشرة وهما في مجلس العقد ثم جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد لحقه الولد وثبت نسبه منه. وكذلك لو تزوج مشرقي بمغربية وثبت عدم تلاقيهما، ثم جاء بولد لستة أشهر من وقت العقد لحقه نسب الولد[11815].

وقالوا: «من قال إن تزوجت فلانه فهي طالق فتزوجها فولدت ولداً لستة أشهر من وقت تزوجها فهو ولده»[11816].

٩٧٦٧ ـ قول ابن رشد في قول الحنفية:

وقال ابن رشد في وقت ابتداء أقل مدّة الحمل: «وشذّ أبو حنيفة فقال من وقت العقد ـ أي عقد النكاح ـ وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى إنه لو تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت عقد النكاح أنه يلحق به، إلا أن ينفيه بلعان. وأبو حنيفة في هذه المسألة ظاهري محض، لأنه إنما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش» وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالعقد، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة»[11817].

٩٧٦٨ ـ القول الثاني: ابتداء مدّة الحمل من وقت الدخول:

وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، فقد قال رحمه الله تعالى: «ولا تصير المرأة فراشاً إلا بالدخول، وهذا مأخوذ من كلام أحمد في رواية حرب»[11818].

(11813) «فتح القدير» ج٣، ص٣٠١.

(11814) «الفتاوي الهندية» ج71 ص٥٣٦.

(11815) «المغني» ج٧، ص٥٢٩.

(11816) «الهداية» و«فتح القدير» ج٣، ص٣٠٠.

(11817) «بداية المجتهد» لابن رشد ج٢، ص٩٧-٩٨.

(11818) «الاختبارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٧٨.

وفي «زاد المعاد» لابن القيم: «واختلف الفقهاء فيما تصير به الزوجة فراشاً على ثلاثة أقوال:

إحداها: أنه بنفس العقد وإن علم أنه لم يجتمع بها، بل ولو طلّقها عقيبه في المجلس، وهذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

الثاني: أنه عقد النكاح مع إمكان الوطء، وهذا مذهب الشافعي وأحمد.

الثالث: أنه العقد مع الدخول المحقق، لا إمكانه المشكوك فيه، وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وقال ـ أي ابن تيمية ـ أن الإمام أحمد أشار إليه في رواية حرب فإنه نصَّ في روايته فيمن طلّق قبل الدخول بزوجته وأتت زوجته بولد فأنكره أنه ينفى عنه بغير لعان[11819].

واحتج ابن القيم للقول الثاني وهو قول شيخه ابن تيمية رحمه الله تعالى فقال: «وهذا هو الصحيح المجزوم به، وإلا فكيف تصير المرأة فراشاً ولم يدخل بها الزوج، ولم يبنِ بها لمجرد إمكان بعيد. وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشاً قبل البناء بها ـ أي قبل الدخول بها ـ وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يبنِ بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك؟ وهذا الإمكان قد يقطَع بانتفائه عادة فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق[11820].

٩٧٦٩ ـ الجعفرية من أصحاب القول الثاني:

والجعفرية من أصحاب القول الثاني، فعندهم تبدأ مدّة الحمل من وقت الدخول لا من وقت عقد النكاح فقد جاء في «شرائع الإسلام في فقه الجعفرية: «ولا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه لستة أشهر فصاعداً من حين وطئها..»[11821]، وفيه أيضاً: «وهم ـ أي الأولاد ـ يلحقون بالزوج بشروط ثلاثة: الدخول، ومضي ستة أشهر من حين الوطء»[11822].

وفي الروضة البهية: «ويلحق الولد بالزوج الدائم نكاحه بالدخول بالزوجة، ومضي ستة أشهر هلالية من حين الوطء»[11823].

٩٧٧٠ ـ القول الثالث: تبدأ مدّة الحمل من وقت إمكان الدخول:

وأصحاب هذا القول يجعلون ابتداء مدّة الحمل من وقت إمكان الدخول أو إمكان اجتماعهما أو تلاقيهما على وجه يمكن معه إمكان وطئها، لأنها صارت له فراشاً حلالاً بالعقد،

(١١٨١٩) «زاد المعاد» لابن القيم ج٤، ص١١٥.

(١١٨٢٠) «زاد المعاد» لابن القيم ج٤، ص١١٥.

(١١٨٢١) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٤.

(١١٨٢٢) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٤٠.

(١١٨٢٣) «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٤.

فينظر فقط إلى إمكان الدخول. وهذا قول الشافعية والحنابلة والمالكية وغيرهم(١١٨٢٤).

٩٧٧١ ـ الحجة للقول الثالث:

والحجة لهذا القول أن الولد إنما تكوّن من ماء الرجل والزوجة بالوطء الحقيقي لها، ولا يتكون بمجرد إمكان الوطء، ولكن لما كان يتعذر علينا الوقوف على الوطء الحقيقي، فقد أقمنا مقامه ما يدل عليه أو يفضي إليه، وهو إمكان الدخول كما هو الشأن في الأحكام التي تناط بالأمور الباطنة، يربط الشارع الحكم بشيء ظاهر هو مظنّة وجود ذلك الأمر الباطن الذي هو مناط الحكم في الحقيقة، كما في الإيجاب والقبول اعتبرها الشارع في انعقاد العقد، لأنهما مظنّة ترافق الإرادتين على إنشاء العقد، ولكن لما كان توافق الإرادتين على إنشاء العقد والرضا به من الأمور الباطنة، ربط الشارع نشوء العقد بالإيجاب والقبول، وهما شيئان ظاهران يدل وجودهما على وجود توافق الارادتين على إنشاء العقد والرضا به، ولهذا جاءت القاعدة الفقهية «دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامها» وقد بيّن ذلك الإمام ابن قدامة الحنبلي بعبارة موجزة فقال: «ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح»(١١٨٢٥).

٩٧٧٢ ـ مناقشة القول الأول:

بالنسبة للقول الأول، وهو اعتبار وقت عقد النكاح هو وقت ابتداء مدّة الحمل يرد عليه أن احتجاجهم بعموم الحديث: «الولد للفِراش» بأن هذا إذا أمكن أن تكون له فراشاً حقيقة بأن يمكنه الاجتماع بها على وجه يمكنه وطؤها، أما إذا استحال ذلك كما لو طلّقها عقيب عقد النكاح وقبل أن يفارق مجلس العقد، ثم جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد، فكيف نجعل وقت العقد مبدأ سريان مدّة الحمل؟ ولم يحصل وطء يقيناً ولا إمكان الوطء؟

ثم إن الأحناف أنفسهم اعتبروا تصور إمكان الوطء لثبوت النسب ولم يكتفوا بوجود العقد، ولذلك قالوا بنفي نسب الولد عن الزوج الصغير، فقد جاء في «جامع أحكام الصغار»: «صبي ابن عشر سنين تزوج امرأة فجاءت بولد لا يثبت النسب، لأن أدنى البلوغ اثنتا عشرة سنة»(١١٨٢٦).

وقد صرّح الكمال بن الهمام الحنفي بضرورة تصور إمكان الدخول واعتبار ذلك عند حساب

(١١٨٢٤) «بداية المجتهد» ج٢، ص٩٧، «زاد المعاد» ج٤، ص١١٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٨، «الشرح الصغير» للدردير ج١، ص٤٩٣، «العدة شرح العمدة» ص٤٤٣.

(١١٨٢٥) «المغني» ج٧، ص٤٢٩.

(١١٨٢٦) «جامع أحكام الصغار» ج٢، ص١٦.

مدّة الحمل، فقد قال رحمه الله تعالى: «والحق أن التصور ـ أي تصور إمكان الدخول شرط، ولهذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه»[11827]، ولكن قال الكمال بن الهمام إن هذا التصور ـ تصور إمكان الدخول ـ ثابت في زواج المشرقي بالمغربية مع عدم إمكان تلاقيهما قبل مضي أدنى مدّة الحمل، زاعماً أن هذا ممكن على سبيل الكرامات فقد قال رحمه الله تعالى: «والتصور أي تصور إمكان الدخول ثابت في المغربية إذا تزوجها مشرقي لثبوت كرامات الأولياء»[11828].

ويرد على هذا الكلام أن الأحكام الشرعية تشرع للعموم الذين تحكمهم السنن الإلهية العادية، ولا تشرع لأصحاب الكرامات، فعلى الجميع أن يخضعوا لها.

وأما احتجاج الحنفية، كما نقله ابن قدامة عنهم وهو قولهم: «إن الولد إنما يلحق بالزوج بالعقد، ومضي مدّة الحمل ألا يرى أن القائلين بشرط إمكان الدخول يقولون: إذا مضى زمان الإمكان لحق الولد بالزوج، وإن علم أن الزوج لم يحصل منه وطء»[11829]، فقد ردّ ابن قدامة الحنبلي على هذه الحجة بقوله: «إنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد، كزوجة ابن سنة، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر، وفارق ما قاسوه عليه؛ لأن إمكان الوطء إذا وجد لم يعلم أن الولد ليس منه قطعاً لجواز أن يكون قد وطئها من حيث لا نعلم ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار، لأنه إذا انتفى إمكان الدخول حصل اليقين بانتفائه عنه، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه[11830].

٩٧٧٣ ـ مناقشة القول الثاني:

إن اعتبار الوطء حقيقة هو وقت ابتداء مدّة الحمل، هذا الاعتبار متعذر إذ لا سبيل للوقوف على حقيقة الوطء، وليس من المعتاد أن يحضر شخص ليطلع على الوطء الحقيقي. وإذا قيل يكفي الاطلاع على ارخاء الستور وخلوة الزوج بزوجته في غرفة وحدهما أو نحو ذلك. فالجواب أن هذا كلّه يتحقق به (إمكان الدخول) ولا يتحقق به الدخول الحقيقي، إذ قد تحصل الخلوة الحقيقية ولا يحصل الوطء، وعلى هذا فاعتبار وقت الدخول هو ابتداء سريان مدّة الحمل أمر عسير جداً، إن لم يكن مستحيلاً عادة، والقاعدة في الشرع أن الأحكام تناط بمظنة العلّة لا بحقيقة العلّة إذا كانت خفية لا سبيل إلى الاطلاع عليها، ولهذا ربط انعقاد العقد بالإيجاب

(١١٨٢٧) «فتح القدير» ج٣، ص٣٠١.

(١١٨٢٨) «فتح القدير» ج٣، ص٣٠١.

(١١٨٢٩) «المغني» ج٧، ص٤٢٩.

(١١٨٣٠) «المغني» ج٧، ص٤٢٩.

والقبول لا بتوافق الارادتين لخفائهما.

وربط القـود، أي القصـاص في القتـل العمـد بالآلة المستعملة فيه، لا بالقصد القلبي لخفائه، فكذلك هنا ينبغي ربط ثبوت النسب بإمكان الدخول، لأنه مظنة وليس بحقيقة الدخول.

٩٧٧٤ ـ القول الراجح:

ومن مناقشـة القـولين الأول والثاني يترجح عندي القول الثالث، وهو اعتبار وقت إمكان الدخول لابتداء سريان مدّة الحمل، لأن هذا القول لا ترد عليه الاعتراضات التي أوردناها على القولين الأول والثاني، ولأن حجته التي ذكرناها له حجة سليمة ومقبولة.

٩٧٧٥ ـ كيف يتحقق إمكان الدخول؟

وإذ قد رجحنا القول الثالث وهو اعتبار إمكان الدخول هو وقت ابتداء سريان مدّة الحمل، فكيف يتحقق هذا الإمكـان؟ والـظاهـر لي أن هذا الإمكان يتحقق بتحقق الخلوة الصحيحة المعتبرة شرعاً، وقد تكلمنا فيما سبق عن شروط الخلوة الصحيحة.

فإذا جاءت الزوجة لولد لستة أشهر من وقت الخلوة الصحيحة ثبت نسب الولد من الزوج، وهـذا ما صرّح به ابن قدامة الحنبلي بقوله: «ولهذا لو خلا ـ أي الزوج ـ بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وإن لم يطأ»(١١٨٣١).

٩٧٧٦ ـ هل يتحقق إمكان الدخول بدون حفلة الزفاف:

جرى عرف الناس في الوقت الحاضر على إقامة حفلة زفاف في ليلة الدخول أو أن الزوج يسافر بزوجته لغرض البناء بها في البلد المقصود في سفره ويكون سفره مسبوقاً أيضاً، غالباً بحفلة يحضرها الأقرباء والأصدقاء.

والسؤال هنا يثبت نسب الولد إذا وقعت الخلوة الصحيحة بين الزوجين مثل حفلة الزفاف وقبل السفر بالزوجة للبناء بها خارج بلدهما؟

الظاهر لي أن تحقق الخلوة الصحيحة بين الزوجين قبل حفلة الزفاف وقبل السفر بها لقضاء ما يسمونه شهر العسل أو لقضاء أيام منه، أقول إنّ هذه الخلوة يتحقق بها إمكان الدخول ويعتبر وقتها وقت ابتداء مدّة العدّة، فإذا جاءت الزوجة بولد لستة أشهر من وقت هذه الخلوة ثبت نسبه من الزوج.

(١١٨٣١) «المغني» ج٧، ص٤٥٢.

واعتياد النـاس أو عرفهم أن الـدخـول لا يجـري إلا في ليلة حفلة الـزفاف أو بعد سفر الزوجين، هذا العرف لا يمنع الزوج من الخلوة بزوجته ووطئها قبل هذه الحفلة أو قبل السفر بها، لأنها زوجته وصارت فراشاً له؛ ولأن النسب يحتاط له، وإذا شك الزوج بنسب الولد منه فيستطيع أن يلاعن إذا توافرت شروط اللعان.

وقد يكون من المفيد أن يبتعد الزوج عن زوجته بحيث لا يختلي بها خلوة صحيحة إلى حين حفلة الزفاف أو السفر على سبيل الاحتياط نظراً لعرف الناس بأن الدخول يكون في ليلة الزفاف لا قبله. ولكن لو لم يفعل وحصلت الخلوة فالحكم هو ما ذكرته.

٩٧٧٧ ـ الشرط الثالث: أن لا ينفي الزوج نسب المولود منه:

ويشترط لثبوت نسب الولد أن لا ينفي الزوج نسب الولد منه الذي ولدته زوجته على وجه يستـوجب هذا النفي إجـراء اللعـان بينه وبين زوجته، وقد سبق أن تكلمنا عن شروط اللعان وموجباته وعن شروط نفي النسب الموجب للعان وما يترتب على ذلك كلّه من مسائل النسب[١١٨٣٢].

٩٧٧٨ ـ آثار نفي النسب:

ومما تقدم يعلم أن الزوج إذا أقرّ بولادة زوجته وأنها ولدت هذا المولود، ولكنه نفى نسبه منه، وتوافرت في نفيه شروط النفي التي تستوجب اللعان، ولاعن أمام القاضي هو وزوجته حكم القاضي بنفي نسب المولود عنه، فلا يعتبر ولده، بل يصير أجنبياً عنه وينتسب إلى أمه فقط، ومع هذا تترتب بعض الآثار كما لو كان هذا الولد ثابت النسب وذلك على وجه الاحتياط لما فيها من حق الله تعالى كحرمة المصاهرة، أو لما فيها من معانٍ أخرى تستوجب الاحتياط على النحو الذي فصلناه من قبل[١١٨٣٣].

(١١٨٣٢) راجع الفقرات ٩٥٠٨ وما بعدها، والفقرات ٩٥٧٢ وما بعدها، والفقرات ٩٧٢٧ ـ ٩٧٤٠.
(١١٨٣٣) الفقرة ٩٧٤١.

المبحث الثالث

نسب المولود من نكاح فاسد أو وطء بشبهة

٩٧٧٩ ـ تمهيد ومنهج البحث:

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين (الأول) للكلام عن نسب المولود في نكاح فاسد. (والثاني) نسب المولود بوطء بشبهة.

المطلب الأول

نسب المولود من نكاح فاسد

٩٧٨٠ ـ المقصود بالنكاح الفاسد:

المقصود بالنكاح الفاسد هو النكاح غير الصحيح، أي هو الذي فقد شرطاً أو أكثر من شروط الصحة، كالزواج بلا شهود، وقد سبق الكلام عن شروط الصحة لعقد النكاح.

٩٧٨١ ـ نظرة الفقهاء إلى النكاح الفاسد:

النكاح الفاسد عند الفقهاء ليس بنكاح حقيقة، وبهذا صرّح الفقيه علاء الدين الكاساني رحمه الله تعالى، فقال: «والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة. . »[١١٨٣٤].

وإذا كان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة فإن استمرار وجوده معصية، يجب الإقلاع عنها بمتاركة من الزوج أو بفسخ من أحدهما أو بتفريق من القاضي، فقد جاء في «الدر المختار» في فقـه الحنفية: «ويثبت لكل واحد منهما ـ أي في النكاح الفاسد ـ فسخه ولو بغير محضر عن صاحبه دخل بها أو لا في الأصح خروجاً عن المعصية، بل يجب على القاضي التفريق بينهما»[١١٨٣٥].

(١١٨٣٤) «البدائع» ج٢، ص٣٣٥.

(١١٨٣٥) «الدر المختار» ج٣، ص١٣٢-١٣٣.

٩٧٨٢ - هل يثبت النسب في النكاح الفاسد؟

وإذا كان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، وإنه يستوجب الفسخ، فإذا جاء من هذا النكاح الفاسد مولود، فهل يهدر هذا المولود ولا يكون له أي اعتبار لكونه جاء من نكاح فاسد، وهذا النكاح ليس بنكاح حقيقة، أم أن له وضعاً خاصاً ونظرة خاصة وإن جاء من نكاح فاسد؟ والجواب أن الفقهاء لا يهدرون هذا الحدث أو هذه الواقعة، ولادة المولود، وإن جاء هذا المولود من نكاح فاسد؛ لأنه نكاح من حيث الجملة، وليس بزنى، ولأن هذا النكاح تولد عنه آدمي هو هذا المولود، فلا يجوز اعتباره كالمعدوم وكولد الزنى، ومن أجل ذلك أخذ الفقهاء بمبدأ ثبوت النسب في النكاح الفاسد معللين ذلك بقولهم: «لحاجة الناكح إلى درء الحدّ عن نفسه وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب ووجوب العدّة»[١١٨٣٦]، ولكن هل يثبت النسب في كل نكاح فاسد؟

٩٧٨٣ - النكاح الفاسد الذي يثبت في النسب:

وإذا كان الفقهاء يأخذون بمبدأ ثبوت النسب في النكاح الفاسد، فهل يأخذون به في كل نكاح فاسد أم لا؟ والجواب يتبين بعرض أقوالهم في هذه المسألة.

٩٧٨٤ - أولاً: مذهب الظاهرية:

قال ابن حزم الظاهري: «الولد يلحق في النكاح الصحيح والعقد الفاسد الجاهل بفساده ولا يلحق العالم بفساده»[١١٨٣٧]، ومعنى ذلك أن ثبوت النسب في النكاح الفاسد مشروط بالجهل بفساده، فإذا تزوج الرجل زواجاً غير مستكمل شروط الصحة جاهلاً ذلك وولدت زوجته مولوداً لحق به وثبت نسبه منه، وإن كان عالماً بفساد النكاح لم يلحق به المولود ولم يثبت نسبه منه. ولكن لم يفصل ابن حزم طبيعة هذا الفساد في عقد النكاح هل هو من النوع المتفق على فساده كنكاح المحارم؟ أو المختلف فيه كالنكاح بلا شهود.

٩٧٨٥ - ثانياً: مذهب الحنابلة:

قالوا لا يشترط جهل العاقد بفساد النكاح لثبوت النسب فيه، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولا حدَّ في وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حلّه أو حرمته، فإذا ثبت هذا فإن من اعتقد حلّه ليس عليه إثم ولا أدب لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها. ومن اعتقد حرمته أثم وادِّبَ وإن أتت بولد منه لحقه نسبه في الحالين»[١١٨٣٨].

(١١٨٣٦) «البدائع» ج٢، ص٣٣٥.

(١١٨٣٧) «المحلىٰ» لابن حزم ج١٠، ص٣٢٢.

(١١٨٣٨) «المغني» ج٦، ص٤٥٥-٤٥٦.

ولكن الحنابلة يفردون بعض الأنكحة الفاسدة ويطلقون عليهم اسم «الأنكحة الباطلة» ولا يثبتون فيها نسب المولود إذا علم العاقدان بطلانها. فقد جاء في «المغني» لابن قدامة: «فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه، فإذا علما الحلّ والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه»[11839]، ويبدو أن النكاح الفاسد إذا كان مجمعاً على فساده كنكاح المرأة المزوجة فهو النكاح الباطل عند الحنابلة، وإن لم يكن كذلك بأن كان مختلفاً في صحته فهو النكاح الفاسد.

٩٧٨٦ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

القاعدة عند المالكية أن الأنكحة الفاسدة التي يُدرأُ فيها الحدّ يُلحق فيها النسب، وما لا يُدرأُ فيها الحدّ لا يلحق فيها النسب، فقد قال ابن جزي المالكي: «كل نكاح يُدرأُ فيه الحدّ فالولد لاحق بالواطىء. وحيث وجب الحدّ لا يلحق الولد بالنسب ـ أي لا يلحق بالواطىء ولا ينسب إليه ـ»[11840].

وفي «بـداية المجتهد» لابن رشد المالكي: «وأكثرها ـ أي الأنكحة الفاسدة ـ عند الإمام مالك تدرأ الحدّ إلا ما انعقد فيها على شخص واجب التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل»[11841].

ولكن الفقيه ابن جزي المالكي يضع مقياساً لما يوجب الحدّ من الأنكحة الفاسدة وبالتالي يثبت فيهـا النسب، فقد قال رحمه الله تعالى في شروط حدّ الزنى: «أن لا يفعل ذلك ـ أي الزنى ـ بشبهة، فإن كان بشبهة سقط الحدّ مثل أن يظن أن امرأة هي زوجته، أو أن يكون نكاحه نكاحاً فاسداً مختلفاً فيه كالنكاح دون ولي أو بغير شهود. فإن كان فاسداً باتفاق الجميع كالجمع بين الأختين ونكاح خامسة ونكاح ذوات المحارم من النسب أو الرضاع أو تزوج في العدّة أو شبه ذلك فيُحدّ في ذلك كلّه إلا أن يدعي الجهل بتحريم ذلك كلّه ففيه قولان»[11842].

٩٧٨٧ ـ رابعاً: مذهب الحنفية:

الحنفية يطلقون القول في ثبوت النسب في النكاح الفاسد، ولا يشترطون لثبوت النسب فيه كونـه من الأنكحة الفاسدة المختلف في فسادها أو المجمع على فسادها، أو كون العاقدين

(١١٨٣٩) «المغني» ج٦، ص٤٥٦.

(١١٨٤٠) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي ص٢٣٤.

(١١٨٤١) «بداية المجتهد» ج٢، ص٣٦٣.

(١١٨٤٢) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي ص٣٨٣.

يجهلان فسادها أو يعلمان فسادها ففي «البدائع» للكاساني: «وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب..»[11843].

٩٧٨٨ ـ خامساً: مذهب الشافعية:

وهم لا يفرقون بين نكاح فاسد مجمع على فساده وبين نكاح مختلف في فساده، فعندهم يثبت النسب في النكاح الفاسد، ولو كان مجمعاً على فساده، كما لا يشترطون لثبوت النسب جهل العاقدين بفساده، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولو نكحت فاسداً كأن نكحت في العدّة فولدت بعد ذلك للإمكان من الأول ـ أي من زوجها الأول ـ دون الثاني بأن ولدته لدون ستة أشهر من الوطء الثاني لحق الولد بالزوج الأول»[11844].

٩٧٨٩ ـ القول الراجح:

والراجح من هذه الأقوال، أن النكاح الفاسد المختلف في فساده يثبت فيه نسب المولود سواء علم العاقدان فساده أو جهلاه. وأما النكاح الفاسد المتفق على فساده فالنسب ثبت فيه إذا جهل العاقدان فساده أو ادعيا الجهل وترجح صدقهما كما لو كان يعيشان في البوادي وتزوجها في العدّة، وادعيا الجهل بتحريم النكاح في العدّة، مع علمهما بوجود العدّة، وعلى كل حال فالمسألة مسألة وقائع تخضع لتقدير القاضي وما يترجح عنده من صدق أو عدم صدق ادعاء الجهل بفساد النكاح.

أما جهل العاقدين بوجود المفسد لعقد النكاح كما لو كانت المرأة محرمة على الرجل بسبب الرضاع وجهلا هذا السبب وعقدا النكاح ثم تبين لهما ذلك فيما بعد فإن النسب يثبت في هذا النكاح الفاسد وإن استوجب التفريق. أما لو علما بوجود الرضاع بينهما وجهلا أنه مفسد للنكاح وأنه يحرم النكاح بينهما، فهذه مسألة وقائع كما قلت تخضع لتقدير القاضي فإن ترجح عنده صدق الادعاء فالنسب يثبت في هذا النكاح وإن استوجب التفريق. وإن علما وجود المفسد للنكاح المتفق على كونه مفسداً كنكاح الأخت من الرضاع أو من النسب، فلا يثبت النسب في هذا النكاح المتفق على فساده وعلم العاقدين بكونه مفسداً للنكاح وأن النكاح لا يجوز معه.

٩٧٩٠ ـ شروط ثبوت النسب في النكاح الفاسد:

وإذا كان النكاح الفاسد مما يثبت فيه نسب المولود فما هي الشروط لذلك؟

الجواب يتبين مما يأتي:

(11843) «البدائعة ج٣، ص٣٣٥.

(11844) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩١.

٩٧٩١ ـ الشرط الأول: أن يكون الزوج قادراً على الوطء:

أن يكون الزوج يولد لمثله أي يكون قادراً على الوطء والإنزال على النحو الذي اشترطناه في النكاح الصحيح فاشتراطه في النكاح الفاسد أولى.

٩٧٩٢ ـ الشرط الثاني: أن تلده لأقل مدّة الحمل:

أن تلده الزوجة لأقل مدّة الحمل فأكثر أي لستة أشهر فأكثر، فهذا شرط لثبوت النسب في النكاح الصحيح، فاشتراطه في النكاح الفاسد أولى. فإذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت ابتداء هذه المدّة ـ التي سنبينها فيما بعد ـ فإن النسب لا يثبت إلا إذا ادّعاه الزوج ولم يصرح بأنه من الزنى، فيثبت نسبه بهذه الدعوة ويحمل على أن المرأة حملت منه بعقد سابق أو وطء بشبهة[١١٨٤٥].

٩٧٩٣ ـ وقت ابتداء مدّة الحمل:

ولكن هل يعتبر ابتداء مدّة الحمل وهي ستة أشهر فأكثر من وقت العقد أو من وقت الدخول أو من وقت إمكان الدخول؟ وهل الخلاف في هذه المسألة في النكاح الصحيح يجري هنا أيضاً في النكاح الفاسد؟ والجواب: نعم. فيكون في وقت ابتداء مدّة الحمل ثلاثة أقوال: (الأول) من وقت العقد. (والثاني) من وقت إمكان الدخول. (والثالث) من وقت الدخول.

٩٧٩٤ ـ القول الأول: ابتداء مدّة الحمل من وقت العقد:

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فقد جاء في «الدر المختار»: «وقالا ـ أي أبو حنيفة وأبو يوسف ـ ابتداء المدّة ـ أي مدّة الحمل ـ من وقت العقد كالصحيح. ورجحه في النهر بأنه أحوط»[١١٨٤٦]؛ ولأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب كما جاء في «المبسوط»[١١٨٤٧]، ومن أحكام النسب أن وقت العقد هو وقت ابتداء مدّة الحمل.

٩٧٩٥ ـ القول الثاني: ابتداء المدّة من وقت الدخول:

وأصحاب هذا القول يجعلون ابتداء مدّة الحمل من وقت الدخول، ومعنى ذلك أن الدخول عندهم شرط لا بد منه لثبوت النسب؛ لأن به يتعين وقت ابتداء مدّة الحمل وفي ضوئها يثبت نسب المولود أو لا يثبت في هذا النكاح، فإن جاءت به لأقل مدّة الحمل أي ستة أشهر أو أكثر من وقت الدخول ثبت نسب الولد، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول لم يثبت النسب.

(١١٨٤٥) «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية» للأبياني ج٢، ص١٤.

(١١٨٤٦) «الدر المختار» ج٣، ص١٣٤.

(١١٨٤٧) «المبسوط» ج١٧، ص١٦٢.

٩٧٩٦ ـ من أصحاب القول الثاني وأقوالهم:

أولاً: المالكية، فقد قال ابن جزي المالكي: «كل نكاح يُدرأ فيه الحدّ فالولد لاحق بالواطيء»[١١٨٤٨]. ومعنى ذلك أن وقت الوطء هو وقت ابتداء مدّة الحمل المعتبرة لثبوت النسب وهي ستة أشهر فأكثر كما هو الحكم في مدّة الحمل في النكاح الصحيح؛ لأن أقل مدّة الحمل وهي ستة أشهر متفق عليها ولا خلاف فيها، وإنما الخلاف في وقت ابتدائها، فقوله (فالولد لاحق بالواطيء) يفهم منه ابتداء مدّة الحمل من وقت الوطء.

ثانياً: وهذا قول الإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة فقد جاء في «الدر المختار» في فقه الحنفية: «ويثبت النسب ـ أي في النكاح الفاسد ـ احتياطاً بلا دعوة وتعتبر مدّته وهي ستة أشهر من الوطء فإن كانت منه إلى الوضع أقل مدّة الحمل يعني ستة أشهر فأكثر يثبت النسب، وإلا بأن ولدته لأقل من ستة أشهر لا يثبت النسب، وهذا قول محمد صاحب أبي حنيفة وبه يُفتى»[١١٨٤٩].

ثالثاً: الجعفرية، فقد قالوا: «إذا ولدت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل المتاركة أو التفريق أو بعدهما وكانت ولادتها تمام ستة أشهر فأكثر إلى أقصى مدّة الحمل التي هي تسعة أشهر على المشهور من حين وقاعها لا من حين العقد، ثبت نسب الولد من أبيه[١١٨٥٠].

رابعاً: الزيدية في بعض الأنكحة الفاسدة التي يسمونها «الأنكحة الباطلة ويمثلون لها بالنكاح في عدّة الغير، فقد جاء في «شرح الأزهار» في ثبوت النسب: «أو وقع بينهما نكاح باطل نحو أن يتزوجها في العدّة جهلاً لتحريمه فإنه يثبت النسب بشرطين: (الأول) أن يكون وقع على وجهه وذلك بأن يكونا جاهلين غالباً بتحريمه. (والثاني) أن يكونا قد تصادقا على حصول الوطء فيه[١١٨٥١].

خامساً: الشافعية، ويبدو أن مذهبهم اعتبار وقت الدخول هو وقت ابتداء مدّة الحمل، فقد قالوا: «ولو نكحت فاسداً كأن نكحت في العدّة فولدت بعد ذلك للإمكان من الأول ـ أي من زوجها الأول ـ دون الثاني بأن ولدته لدون ستة أشهر من الوطء الثاني ـ أي من وطء الزوج الثاني ـ لحق الولد بالزوج الأول»[١١٨٥٢].

(١١٨٤٨) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي ص٢٣٤.

(١١٨٤٩) «الدر المختار» ص١١٣.

(١١٨٥٠) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» للشيخ عبدالكريم المحلي ص٨٨.

(١١٨٥١) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٧١.

(١١٨٥٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩١.

سادساً: ومن اشترط الدخول في النكاح الصحيح ليكون وقته هو ابتداء وقت مدّة الحمل، فاشتراطه هنا في النكاح الفاسد أولى.

٩٧٩٧ ـ القول الثالث: وقت إمكان الدخول هو وقت ابتداء المدّة:

وأصحاب هذا القول يعتبرون وقت إمكان الدخول هو وقت ابتداء مدّة الحمل، فلا يشترطون الدخول لمعرفة وقت ابتداء مدّة الحمل، وبالتالي ثبوت النسب، وممن قال بهذا القول الحنابلة، والزيدية.

٩٧٩٨ ـ من أقوال الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة «ويلحق ـ أي المولود ـ في كل نكاح فاسد فيه شبهة كالنكاح المختلف في صحته فيكون كنكاح صحيح في لحوق النسب حيث أتت به لستة أشهر منذ أمكن اجتماعهما»[١١٨٥٣].

٩٧٩٩ ـ من أقوال الزيدية:

جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «أما فراش الزوجة فإنما يثبت للزوجة بشروط أربعة: (الأول) بنكاح أي بعقد نكاح صحيح أو عقد فاسد. (الشرط الثاني) قد أمكن الوطء فيهما أي في الصحيح وفي الفاسد، فإذا تزوجها بعقد صحيح أو فاسد وأمكن الوطء ثبت الفراش»[١١٨٥٤]، أي ولحق الولد بصاحب الفراش وهو الزوج، لأن (الولد للفراش) كما مرَّ.

٩٨٠٠ ـ القول الراجح:

والراجح اعتبار وقت إمكان الدخول هو وقت ابتداء مدّة الحمل، فإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت إمكان الدخول بأن أمكن اجتماعهما وتلاقيهما على نحو يمكن معه حصول الوطء، فنسب المولود يثبت من الزوج، وفي هذا رعاية للولد وحفظ لمصالحه.

ويتفق والنهج العام في الشريعة الإسلامية بخصوص النسب وهو ما يصرح به الفقهاء بقولهم: (والنسب يحتاط في إثباته لئلا يضيع الولد) ولا شك أن الاكتفاء بإمكان الدخول في النكاح الفاسد كما في الصحيح يحقق هذا المقصود.

وقول الحنفية المناصرين لقول الإمام محمد، أو الموجهين لقوله في اشتراط الدخول في النكاح الفاسد لابتداء مدّة الحمل، بينما لا يشترطون الدخول في النكاح الصحيح، وإنما

(١١٨٥٣) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٥٧.
(١١٨٥٤) «شرح الأزهار» ج٢، ص٢٧٠.

يجعلون ابتـداء مدّة الحمل فيه من وقت العقد، بقولهم: لأن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء، فلا يقام العقد مقامه كما في النكاح الصحيح(١١٨٥٥).

يرد عليه بأن النكاح الفاسد مثل الصحيح داع إلى الوطء؛ لأن صاحبه يعتقد جوازه ولذلك أقدم عليه. ثم إن الترجيح الذي اذهب إليه هو وسط بين القائلين باعتبار وقت عقد النكاح هو ابتداء مدّة الحمل، وبين القائلين أن وقت الدخول هو ابتداء مدّة الحمل، وخير الأمور الوسط.

٩٨٠١ ـ أولاد من تزوجت تظن زوجها مات:

ولو غاب عن زوجته سنين فبلغها موته فاعتدت عدّة الوفاة وتزوجت بعد ذلك زواجاً صحيحاً في الظاهر ودخل بها وأولدها أولاداً ثم قدم الزوج الأول، فسخ نكاح الثاني، وردت إلى الأول، وتعتد من الثاني ولها عليه مهر مثلها، ويثبت نسب الأولاد منه، إنهم ولدوا على فراشه.

روي ذلك عن علي رضي الله عنه، وهو قول الثوري وفقهاء العراق، وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي وإسحاق وأبي يوسف والزيدية وغيرهم من أهل العلم، إلا أبا حنيفة قال: الولد أو الأولاد للزوج الأول، أي يلحقون به أي يثبت نسبهم منه؛ لأنه صاحب الفراش، لأن نكاحه صحيح ثابت، ونكاح الثاني غير ثابت فأشبه الأجنبي.

وقد ردّ ابن قدامة على قول أبي حنيفة رحمه الله بأن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله بالـواطىء فكان نسب الولد منه دون غيره، كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها. وفارق الأجنبي فإنه ليس له نكاح أصلاً(١١٨٥٦).

ولكن روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه رجع عن قوله وقال: إن الولد يلحق بالزوج الثاني ويثبت نسبه منه، فقد جاء في «الدر المختار» في فقه الحنفية: «غاب عن امرأته فتزوجت بآخر وولدت أولاداً ثم جاء الزوج الأول فالأولاد للثاني ـ أي يثبت نسبهم منه ـ على المذهب الذي رجع إليه الإمام أبو حنيفة وعليه الفتوى، كما في الفتاوى الخانية والجوهرة والكافي وغيرهما»(١١٨٥٧).

(١١٨٥٥) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٥١٧.

(١١٨٥٦) «المغني» ج٧، ص٤٣١، «شرح الأزهار» ج٢، ص٣٧٤.

(١١٨٥٧) «الدر المختار» ج٣، ص٥٥٢.

المطلب الثاني

نسب المولود من وطء بشبهة

٩٨٠٢ ـ المقصود بالشبهة:

الشبهة ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر(١١٨٥٨).

٩٨٠٣ ـ أقسام الوطء بشبهة عند الحنفية(١١٨٥٩):

الشبهة أنواع، فالوطء الواقع بشبهة يكون أيضاً أنواعاً أو أقساماً حسب نوع الشبهة، وهذا ما نبيِّنه فيما يلي:

٩٨٠٤ ـ القسم الأول ـ شبهة المحل:

شبهة المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك، وهذه الشبهة نشأت عن دليل موجب للحل في المحل لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فإذا وطىء الأب جارية ابنه ارتفع عنه الحدّ لوجود شبهة الحد للحديث الذي ذكرناه، وإذا جاءت هذه الجارية بولد بهذا الوطء وادعاه الواطىء ثبت نسبه منه؛ لأن الحديث الشريف أفاد الشبهة في نفس جارية الابن بالنسبة للأب، وإنما أفاد الحديث الشريف الشبهة ولم يفد الملك للاجماع على عدم إرادة حقيقة الملك.

٩٨٠٥ ـ القسم الثاني ـ شبهة العقد:

وهي التي نشأت من وجود العقد صورة لا حقيقة، كما إذا عقد رجل على معتدة الغير أو على محرمة عليه بسبب الرضاع، أو النسب أو المصاهرة، فإن كان يعتقد الحدّ بأن كان لا يعرف تحريمها عليه أو جهل الحكم الشرعي بتحريمها سقط عنه الحدّ، وعُزِّر وثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة من الوطء الحاصل بعد ذلك العقد.

وإن كان يعتقد الحرمة في نكاح من ذكرنا لم يسقط عنه الحدّ ولا يثبت بهذا النكاح نسب المولود في هذا النكاح وإن ادعاه الواطىء وهذا عند أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة يسقط عنه الحدّ ويثبت نسب الولد منه إن ادعاه الواطىء.

٩٨٠٦ ـ القسم الثالث ـ شبهة الفعل:

أي الشبهة من الفعل الذي هو الوطء، وتسمى شبهة اشتباه وهي شبهة في حق من اشتبه

(١١٨٥٨) «الدر المختار» ج٤، ص١٨، «فتح القدير» ج٤، ص١٤٠

(١١٨٥٩) «الدر المختار ورد المحتار» ج٤، ص١٨-٢٣، «الهداية» و«فتح القدير» ج٤، ص١٤٠-١٤٢.

عليه الحلّ والحرمة ولا دليل يفيد الحدّ، بل ظنّ غير الدليل دليلاً كما لو ظنّ أن جارية زوجته تحل له لظنه أن وطأها نوع من الاستخدام واستخدامها حلال. فلا بد من الظن بالحلّ على نحو ما، وإلا فلا شبهة أصلاً. ويسقط الحدّ في هذه الشبهة، ولكن لا يثبت النسب إذا جاءت المرأة بولد بهذا الوطء وإن ادّعاه.

٩٨٠٧ ـ المزفوفة إليه غير زوجته:

ومن الوطء الذي يصدق عليه الوطء بشبهة الفعل وطء من زفت إليه غير زوجته، فإذا وطئها يظنها زوجته فلا حدّ عليه، ويثبت نسب المولود منه بهذا الوطء.

فقد جاء في «رد المحتار» معللاً ثبوت النسب في هذه الحالة: «لأن الزفاف شبهة ألا ترى أنها إذا جاءت بولد ثبت نسبه منه»[١١٨٦٠].

وفي «مرشد الحيران» في فقه الحنفية: «الموطوءة بشبهة في المحل أو في العقد، إذا جاءت بولد ثبت نسبه من الواطىء إن ادعاه، وكذلك الموطوءة بشبهة الفعل التي زفت إلى الواطىء وقيل له هي زوجتك ولم تكن كذلك»[١١٨٦١].

٩٨٠٨ ـ مدى اعتبار الوطء بشبهة في ثبوت النسب

أولاً: عند الحنفية:

بينّا مذهب الحنفية في اعتبار الوطء بشبهة في ثبوت النسب عند كلامنا عن أنواع الشبهة وأقسام الوطء بشبهة في مذهبهم، وخلاصته أنهم اعتبروا الوطء بشبهة المحل والوطء بشبهة العقد على التفصيل الذي ذكرناه، ولم يعتبروا الوطء بشبهة الفعل، فلا يثبت به نسب إذا جاءت المرأة بولد بهذا الوطء، وإن ادّعاه الواطىء. واستثنوا من ذلك المزفوفة إليه غير زوجته إذا وطئها وجاء بولد ثبت نسبه منه، وإن كانت موطوءة بشبهة الفعل.

٩٨٠٩ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

أ ـ جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ويلحق الولد ـ أي بالواطىء ـ بوطء الشبهة»[١١٨٦٢].

ب ـ وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن وطىء امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد

(١١٨٦٠) «رد المحتار على الدر المختار» ج٤، ص٢٦.

(١١٨٦١) المادة ٣٤٢، من «مرشدالحيران» للمرحوم قدري باشا على مذهب أبي حنيفة.

(١١٨٦٢) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٥٧.

لحقه نسبه. قال أحمد: من درأت عنه الحدَّ ألحقت به الولد، ولأنه وطء اعتقد الواطىء حِلَّهُ فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد، وفارق وطء الزنى، فإنه لا يعتمد الحدّ فيه»[11863].

جـ ـ وفي «المغني» أيضاً بشأن المزفوفة إليه غير زوجته، قال ابن قدامة رحمه الله: «لو تزوج رجلان اختين فغلط بهما عند الدخول، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطىء؛ لأنه وطء يعتقد حلَّه فلحق به النسب كالوطء في نكاح فاسد»[11864].

٩٨١٠ ـ ويفهم من هذه النقول من فقه الحنابلة أنهم يعتبرون الوطء بشبهة إذا درأت الشبهة عنه الحدّ في هذا الوطء ويثبت فيه نسب المولود من الواطىء، إذا اعتقد حلّ الوطء، ويصدق هذا على الوطء بشبهة المحل وعلى الوطء بشبهة العقد إذا اعتقد حلّ هذا العقد عند الحنفية. وكذلك اعتبر الحنابلة الخطأ في شخصية الزوجة وهي المزفوفة إليه غير زوجته شبهة تدرأ الحدّ ويثبت في الوطء بهذه الشبهة نسب الولد من الواطىء.

٩٨١١ ـ ثالثاً: مذهب الجعفرية:

جاء في كتاب «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية»: «الموطوءة بشبهة المحل أو في العقد مع الجهل بالتحريم ـ إذ لا شبهة مع العلم به ـ إذا جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر بحيث لا يزيد عن تسعة أشهر من حين الوطء يثبت نسبه من الواطىء بعد اعترافه بالوطء، وكذلك الموطوءة بشبهة الفعل التي زفت إلى الوطىء، وقيل له هي زوجتك، ولم تكن كذلك»[11865].

وفي «شرائع الإسلام» الوطء بشبهة يلحق به النسب، فلو اشتبهت عليه اجنبية فظنها زوجته فوطئها ألحق به الولد»[11866].

٩٨١٢ ـ رابعاً: مذهب الشافعية:

جاء في «المغني»: «إن وطىء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة»[11867].

٩٨١٣ ـ شروط ثبوت النسب بالوطء بشبهة:

ويشترط لثبوت النسب بالوطء بشبهة إمكان أن يولد لمثله ولد، أي إمكان أن يولد للواطىء

(١١٨٦٣) «المغني» ج٧، ص٤٣١-٤٣٢. (١١٨٦٤) «المغني ج٧، ص٤٣٢.

(١١٨٦٥) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» للشيخ عبدالكريم المحلي ص٨٨، المادة ٣٤٢.

(١١٨٦٦) «شرائع الإسلامي» ج٢، ص٣٤٢. (١١٨٦٧) «المغني» ج٧، ص٤٣٢.

ولد بأن يكون في سن يتصور منه الوطء والإحبال على التفصيل الذي ذكرناه من قبل[١١٨٦٨]. كما يشترط أن يولد المولود لأدنى مدّة الحمل، أي لستة أشهر من وقت هذا الوطء، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه من الواطىء.

٩٨١٤ ـ حالات من الوطء بشبهة:

أولاً: الحالة الأولى:

إذا وطىء رجل زوجة رجل آخر بشبهة في طهر لم يمسسها فيه زوجها فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء، لحق الواطىء وثبت نسب الولد منه وانتفى عن الزوج بغير لعان.

هذا ما ذكره ابن قدامة الحنبلي، ثم قال: وعلى قول أبي بكر (من الحنابلة) وأبي حنيفة يلحق الولد بالزوج، لأن الولد للفراش[١١٨٦٩]، وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء بشبهة لحق الولد بالزوج بكل حال، لأننا نعلم يقيناً أنه ليس من الواطىء[١١٨٧٠].

وإن أنكر الواطىء الوطء فالقول قوله بغير يمين، ويلحق نسب الولد بالزوج، لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر، ولا تقبل دعوة الزوج في قطع نسب الولد[١١٨٧١].

٩٨١٥ ـ الحالة الثانية:

إذا وطىء رجل امرأة آخر بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه زوجها ثم أتت بولد يمكن أن يكون منهما، فإنهما والولد يعرضون على القافة، وهذا قول الحنابلة وعطاء والأوزاعي والشافعي وأبي ثور، فإن ألحقته القافة بإحدهما لحق به، وإن نفته عن إحدهما لحق بالآخر، وهذا سواء ادعياه أو لم يدعياه أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر[١١٨٧٢].

(١١٨٦٨) الفقرات من ١٩٩٦-٢٠٠١.

(١١٨٦٩) «المغني» ج٧، ص٤٣٢.

(١١٨٧٠) «المغني» ج٧، ص٤٣٢.

(١١٨٧١) «المغني» ج٧، ص٤٣٢.

(١١٨٧٢) «المغني» ج٧، ص٣٤٣-٣٤٤.

المبحث الرابع

نسب ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

٩٨١٦ ـ تمهيد ومنهج البحث:

نتكلم في هذا المبحث عن نسب ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في النكاح الصحيح إذا ولدته المطلقة في عدّتها من الطلاق أو الوفاة. وهذا في عدّتها، أو تلده المتوفى عنها زوجها في عدّتها.

وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: أكثر مدة الحمل.
المطلب الثاني: نسب ولد المطلقة.
المطلب الثالث: نسب ولد المتوفى عنها زوجها.

المطلب الأول

أكثر مدّة الحمل

٩٨١٧ ـ اختلاف الفقهاء في أكثر مدّة الحمل:

بينّا فيما سبق اتفاق الفقهاء على أن أقل مدّة الحمل ستة أشهر، ولكنهم اختلفوا في أكثر مدّة الحمل، منهم من قال: لا تزيد على تسعة أشهر، ومنهم من قال لا تزيد على سنة، ومنهم من قال لا تزيد على سنتين، ومنهم من قال لا تزيد على أربع، ومنهم من قال لا تزيد على خمس. فهل لهذا الخلاف من دليل شرعي أو هو مبني على الاجتهاد أو أنه بني على المشاهدة والوقوع فعلاً؟ هذا ما سيتبين من عرض الأقوال المختلفة وأدلتها ومناقشتها.

٩٨١٨ ـ القول الأول: أكثر مدّة الحمل تسعة أشهر:

وهذا مذهب الظاهرية، فقد قال ابن حزم الظاهري: «ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر، ثم قال ابن حزم: وممن روي عنه مثل قولنا عمر بن الخطاب، وهو قول محمد

ابن عبدالله بن الحكم وأبي سليمان وأصحابنا[11873].

٩٨١٩ ـ القول الثاني ـ أكثر مدّة الحمل سنة:

وهذا قول محمد بن عبدالله بن الحكم كما ذكره ابن رشد في «بداية المجتهد»[11874] خلافاً لما ذكره ابن حزم من أنه قال إن أكثر مدّة الحمل تسعة أشهر. وهذا مذهب الجعفرية، فقد قالوا: «وقد اختلف الأصحاب في تحديد أقصى الحمل، فقيل تسعة أشهر، وقيل عشرة وغاية ما قيل فيه عندنا سنة. ومستند الكل مفهوم الروايات، ويمكن حمل الروايات على اختلاف عادات النساء، فإن بعضهن تلد لتسعة أشهر، وبعضهن لعشرة أشهر، وقد يتفق نادراً بلوغ سنة. واتفق الأصحاب على أنه لا يزيد عن السنة»[11875].

٩٨٢٠ ـ القول الثالث: أكثر مدّة الحمل سنتان:

وهذا قول الحنفية، قال الإمام الكاساني: «وأما أكثرها ـ أي مدة الحمل ـ عندنا فسنتان لحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل» والظاهر أنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله ﷺ؛ لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ولا يُظن بها أنها قالت ذلك جزافاً وتخميناً فتعين السماع»[11876]، ولا خلاف في هذا عند الحنفية، فقد صرَّحوا به في كتبهم ولم يذكر فيه خلاف فيما بينهم[11877].

وبقول الحنفية قال الثوري، وروي عن الإمام أحمد مثل قول الحنفية، ففي «المغني» «وروي عن أحمد: أقصى مدّته ـ أي مدّة الحمل ـ سنتان»[11878].

٩٨٢١ ـ القول الرابع: أكثر مدّة الحمل ثلاث سنوات:

وهذا قول الليث رحمه الله تعالى فقد قال أقصى مدّة الحمل ثلاث سنوات، فقد حملت مولاة لعمر بن عبد العزيز ثلاث سنين»[11879].

٩٨٢٢ ـ القول الخامس: أكثر مدّة الحمل أربع سنوات:

(١١٨٧٣) «المحلىٰ» لابن حزم ج٧، ص٣١٦-٣١٧.

(١١٨٧٤) «بداية المجتهد» ج٢، ص٣٢٠.

(١١٨٧٥) «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٤.

(١١٨٧٦) «البدائع» ج٣، ص٢١١، وحديث عائشة رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» ج٧، ص٤٤٣.

(١١٨٧٧) «المبسوط» ج٦، ص٤٥، «الدر المختار» ج٣، ص٥٤٠.

(١١٨٧٨) «المغني» ج٧، ص٤٧٧.

(١١٨٧٩) «المغني» ج٧، ص٤٧٧، «المحلىٰ» ج١٠، ص٣١٧.

وهذا مذهب الحنابلة الذي ذكره فقهاؤهم المتأخرون، فقد جاء في «كشّاف القناع»: «وأقل مدّة الحمل ستة أشهر، وغالبها تسعة أشهر وأكثرها أربع سنوات» لأن مالا نصَّ فيه يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين، فروى الدارقطني عن الوليد بن مسلم قلت لمالك بن أنس عن حديث عائشة قالت: «لا تزيد المرأة في حملها على سنتين. فقال سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق زوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين، وقال أحمد: نساء بني عجلان تحمل أربع سنين»[11880].

٩٨٢٣ ـ قول المالكية:

وبهذا أيضاً قال المالكية ففي «بداية المجتهد»: «وقد اختلف فيه أي في أكثر مدّة الحمل، فقيل في المذهب ـ أي مذهب مالك ـ أربع سنين، وقيل خمس سنوات»[11881].

وقال ابن جزي المالكي في أكثر مدّة الحمل أنها: «خمس سنوات في المشهور، وقيل أربعة وفاقاً للشافعي»[11882].

وفي «الشرح الكبير» للدردير: «وتربصت المعتدة إن ارتابت بالحمل أقصى مدّة الحمل، وهل تتربص خمساً من السنين أو أربعة؟ خلاف»، وفي حاشية الدسوقي تعليقاً على قول الدردير: «إن ابن عرفة اختار أن أقصى مدّة الحمل أربع سنين، وجعلها القاضي هي القول المشهور في المذهب»[11883]. وهذا خلاف ما ذكره ابن جزي من أن المشهور في المذهب في أكثر مدّة الحمل أنه خمس سنوات. والظاهر أن المشهور في مذهب مالك أن أكثر مدّة الحمل أربع سنوات وهو ما اختاره ابن عرفة وذكره عنه الدسوقي ولم يعقب عليه.

٩٨٢٤ ـ قول الشافعية:

وهو مذهب الشافعية، فقد جاء في «مغني المحتاج» في أكثر مدّة الحمل بأنه: «أربع سنين، دليله الاستقراء. وحكي عن مالك أنه قال: جارتنا امرأة محمد بن عجلان حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، تحمل كل بطن أربع سنين، وقد روي هذا عن غير المرأة المذكورة»[11884].

(١١٨٨٠) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٦٠، وما ذكره عن الدارقطني جاء في «السنن الكبرى» ج٧، ص٤٤٣.

(١١٨٨١) «بداية المجتهد» ج٢، ص٧٧.

(١١٨٨٢) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي ص٢٦١.

(١١٨٨٣) «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٧٤.

(١١٨٨٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٠.

٩٨٢٥ ـ قول الزيدية:

وهذا مذهب الزيدية فقد قالوا: «إن أكثر مدّة الحمل أربع سنين عندنا» واحتجوا بأن ذلك وقع، فقد روي أن محمد بن عبدالله النفس الزكية لبث في بطن أمه أربع سنين»(١١٨٨٥).

٩٨٢٦ ـ القول السادس: أكثر مدّة الحمل خمس سنوات:

وهـذا قول عبـاد بن العوام، وروي هذا عن مالك أيضاً أي أن أكثر مدّة الحمل خمس سنوات(١١٨٨٦). والقول بأن أكثر مدّة الحمل خمس سنوات قيل في المذهب المالكي، بل إن ابن جزي المـالكي قال: هو المشهـور في المذهب كما ذكرناه قبل قليل ونحن نبيِّن مذهب المالكية في هذه المسألة.

٩٨٢٧ ـ مناقشة الأقوال:

من الواضح أنه لم يرد في الشرع نص صريح في أقصى مدّة الحمل، فحديث عائشة رضي الله عنها الذي احتج به الحنفية، في رواته (جميلة بنت سعد) وهذه امرأة مجهولة لا يدري من هي، كما قال ابن حزم.

والروايات التي نقلت عن مالك وفيها أن نساء بني عجلان يلدن لأربع سنين لم تثبت بسند صحيح، بل إن الفقيه ابن حزم قال عن هذه الروايات: «وكل هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق ولا يعرف من هو ولا يجوز الحكم في دين الله بمثل هذا»(١١٨٨٧).

٩٨٢٨ ـ الرجوع إلى وقائع الولادات:

وإذا لم يوجد نص شرعي صحيح وصريح يمكن الركون إليه للقول بأكثر مدّة الحمل، فلا بدّ من الرجوع إلى الوجود، فهل وجد حمل للمدد التي ذكروها كالسنتين والثلاث والأربع والخمس؟

الواقع أن هذا لا يمكن القطع به إلا بالاستقراء، واستقراء الولادات كلّها أو معظمها أو كثير منها من الماضي والحاضر، وفي مختلف البلدان أمر عسير جداً، وما نقل إلينا من وقائع منقولة عن مالك وغيره فيها حصول حمل لمدة أربع سنوات قال عنها ابن حزم: إنها لا تثبت، بل قال عنها إنهما مكذوبة كما أشرنا.

(١١٨٨٥) «شرح الأزهار» ج٢، ص٣٧٥.

(١١٨٨٦) «المحلىٰ» لابن حزم ج٧، ص٣١٦.

(١١٨٨٧) «المحلىٰ» لابن حزم ج٧، ص٣١٧.

٩٨٢٩ ـ النادر لا اعتبار له:

ثم إن بقاء الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين، إذا وقع فهو في غاية الندرة، فلا يعول عليه ولا يجوز بناء الحكم عليه، وفي هذا قال الإمام السرخسي رداً على من جوّز بقاء الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين، فقال رحمه الله: «وبقاء الولد في بطن أمه أكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه»[١١٨٨٨].

٩٨٣٠ ـ الرد على الحنفية:

ويرد على قول الحنفية بأن أكثر مدّة الحمل سنتان، بأن حديث عائشة الذي استدلوا به لا يصح لما ذكرنا، كما يرد على قول الحنفية بنفس حجة الإمام السرخسي في ردّه على المجوزين بقاء الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين حيث قال: «وبقاء الولد في بطن أمه أكثر من سنتين في غاية الندرة، فلا يجوز بناء الحكم عليه».

٩٨٣١ ـ يجب الرجوع إلى المعتاد والغالب الوقوع:

وإذا تبين ضعف الأقوال بأن أقصى مدّة الحمل سنتان أو أكثر، فينبغي الرجوع إلى ما هو المعتاد والغالب في ولادات النساء لأن العبرة للغالب الشائع لا للنادر، أي أن الأحكام تبنى على الغالب الوقوع والشائع الوقوع والمعتاد بين الناس، فما هو هذا الغالب والمعتاد في ولادات النساء؟

قال ابن رشد رحمه الله بعد أن ذكر أقوال من قال أقصى مدّة الحمل أربع أو خمس سنوات، قال: «وقال الكوفيون: أقصى مدّة الحمل سنتان، وقال محمد بن عبدالحكم سنة، وقال داود الظاهري تسعة أشهر. وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة. وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر»[١١٨٨٩].

٩٨٣٢ ـ القول الراجح:

ومما تقدم وبناء عليه، يترجح قول من قال أن أكثر مدّة الحمل سنة، وهذه المدّة وإن كانت ليست الغالبة ولا المعتادة، لأن الغالب المعتاد في مدّة الحمل هو تسعة أشهر، ولكن نقول بها وهي قول الفقيه محمد بن عبد الحكم لسببين:

الأول: أن السنة وإن كانت ليست الغالبة في مدّة الحمل، ولكنها ليست نادرة فهي قليلة، وقلتها وعدم ندرتها يستدعيان الأخذ بها على وجه الاحتياط في ثبوت النسب.

(١١٨٨٨) «المبسوط» ج٦، ص٤٥.

(١١٨٨٩) «بداية المجتهد» ج٢، ص٣٠٠.

الثاني: أن الطب الحديث يجوز بقاء الحمل في بطن أمه مدّة سنة لا أكثر، وبالتالي تكون أقصى مدّة الحمل مستندة إلى قول أهل الخبرة والعلم: «فقد لجأت وزارة الحقانية ـ العدل ـ في مصر إلى الأطباء الشرعيين ـ وهم أهل الذكر في هذه المسألة، فقرروا بناء على بحوثهم واستقراءاتهم أن أقصى مدّة يمكن أن يمكثها الحمل في بطن أمه هو سنة كاملة أيامها (٣٦٥) يوماً[١١٨٩٠].

المطلب الثاني

نسب ولد المطلقـة

٩٨٣٣ ـ تمهيد ومنهج البحث:

إذا حصلت الفـرقـة بين المرأة وزوجها في حياة زوجها بالطلاق ونحوه[١١٨٩١]. ثم ولدت المـطلقة ولداً فهل يلحق نسبه بالزوج المطلق أم لا؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فما شروط ذلك؟ والجواب أن هناك حالات للمطلقة، فقد تكون كبيرة من ذوات القروء، ـ أي أنها تحيض ـ وقد تكون آيسة من المحيض وقد تكون صغيرة لا تحيض، فلا بد من بيان هذه الحالات وبيان حكم الولد في كل حالة من جهة ثبوت نسبه من الزوج المطلق، بعد أن نبين الأصول العامة التي يمكن الرجوع إليها للتعرف على نسب الولد في هذه الحالات.

وبناء على ما تقدم نقسم هذا المطلب إلى فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الأصول العامة في نسب ولد المطلقة.

الفرع الثاني: نسب ولد المطلقة الكبيرة من ذوات القروء المدخول بها.

الفرع الثالث: نسب ولد المطلقة الكبيرة الآيسة من المحيض، المدخول بها.

الفرع الرابع: نسب ولد الصغيرة المدخول بها.

الفرع الخامس: نسب ولد المطلقة غير المدخول بها.

(١١٨٩٠) «النسب وآثاره» للدكتور محمد يوسف موسىٰ رحمه الله ص١٠.

(١١٨٩١) ومن الجدير بالذكر أن ما سنذكره في نسب ولد المطلقة في حالاتها المختلفة يقال أيضاً بالنسبة لنسب ولـد الـزوجة التي تفارق زوجها في حياته بغير الطلاق أي بأسباب الفرقة الأخرىٰ في حياته فالخلع والظهار والإيلاء وخيار البلوغ وخيار العتق وغيرها. قد أشار إلىٰ ذلك الإمام علاء الدين الكاساني فقال عن بدائعه ج٣، ص٢١٤: «وهذا الذي ذكرنا هو حكم المعتدة عن طلاق ـ أي من جهة ثبوت نسب ولدها الذي جاءت به بعد الطلاق ـ وكل جواب عرفته في المعتدة من طلاق فهو الجواب في المعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة».

الفرع الأول

الأصول العامة في نسب ولد المطلقة

٩٨٣٤ ـ تمهيد:

من الواضح أن بحثنا في نسب ولد المطلقة يتعلق بنسب ولدها الذي تلده بعد الطلاق، ومن المعلوم أن المطلقة الحامل تلزمها العدّة. وإن عدّتها تنتهي بوضع الحمل. وحملها الذي تلده بعد الطلاق قد يكون ابتداؤه قبل الطلاق أي أنها حملت به من زوجها المطلق قبل الطلاق، فينبغي أن ينسب إليه، وقد يكون قد حملت به بعد الطلاق من غير زوجها فلا يجوز أن ينسب إليه، لأنه لم يوجد من مائه، فكيف نحكم على هذا الولد المولود بعد الطلاق أنه من الزوج، فيكون نسبه إليه، أو أنه من غيره فلا ينسب إليه؟

الجواب، لقد وضع الإمام علاء الدين الكاساني أصلين كبيرين يمكن الاسترشاد بهما وإرجاع مسائل ثبوت نسب ولد المطلقة إليهما، فما هما هذان الأصلان؟

٩٨٣٥ ـ الأصل الأول:

«كل مطلّقة لم تلزمها العدّة بأن لم تكن مدخولاً بها، فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه منه وهو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر»[١١٨٩٢].

٩٨٣٦ ـ تعليل هذا الأصل:

وتعليل هذا الأصل أن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه، فكان النكاح من كل وجه زائلاً بيقين، وما زال بيقين لا يثبت إلا بيقين مثله، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق، فقد تيقنا أن العلوق وجد في حال الفراش أي في حال قيام الزوجية الصحيحة، وأن زوجها وطِئها وهي في نكاحه، فهي إذن حامل منه إذ لا يحتمل أن يكون حملها بوطء بعد الطلاق؛ لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، فلا بد أنه كان من وطء وجد على فراش الزوج، أي وجد منه لثبوت الفراش له بسبب عقد النكاح الصحيح، فيكون نسب الولد منه؛ لأنه حصل بوطئه وهي زوجته[١١٨٩٣].

ولكن بشرط أن لا تكون ولادتها لستة أشهر أو أكثر من تاريخ عقد النكاح[١١٨٩٤]، وهذا عند

(١١٨٩٢) «البدائع» للكاساني ج٣، ص٢١١.

(١١٨٩٣) «البدائع» للكاساني ج٣، ص٢١٢.

(١١٨٩٤) «البدائع» للكاساني ج٣، ص٢١٣.

الحنفية إذ يعتبرون ابتداء أقل مدّة الحمل من تاريخ عقد النكاح وليس من تاريخ الوطء أو إمكانه، كما بينا هذا من قبل[١١٨٩٥].

٩٨٣٧ ـ اعتراض على التعليل ودفعه:

وقد يعترض على التعليل الذي ذكرناه للأصل الأول بأن يقال: ألا يحتمل أنَّ الزوجة قد وطئها غير زوجها قبل أن يطلقها وحملت من هذا الوطء؟ فلماذا لم ينظر إلى هذا الاحتمال؟ والجواب أن الأصل أن نحمل حال الزوجة على الصلاح وصيانة ماء زوجها من الاختلاط بغيره، والقرينة الظاهرة على هذا الأصل ـ حمل حال الزوجة على الصلاح ـ قيام النكاح الصحيح الذي تتعين المرأة به للولادة من زوجها دون غيره ولثبوت الفراش له دون غيره.

فالأخذ بهذا الأصل واجب ويترتب عليه القول بأن علوق المرأة بحملها كان من زوجها لا من غيره، قال الإمام السرخسي في «مبسوطه»: «ولو طلّق امرأته ولم يدخل بها ولم يَخْلُ بها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لزمه ـ أي ثبت نسبه منه ـ لأنّا تيقنا أن العلوق به كان قبل الطلاق، وحمل أمرها على الصحة واجب ما أمكن فيجعل هذا العلوق من الزوج ويتبين لنا أنه طلّقها بعد الدخول»[١١٨٩٦].

٩٨٣٨ ـ اعتراض آخر ودفعه:

وقد يقال من التناقض أن يقولوا: إذا ولدت المطلقة غير المدخول بها.. الخ إذ كيف تلد المطلقة وقد طلّقت قبل الدخول بها؟ والجواب أن مقصود الفقهاء من قولهم هذا إنها غير مدخول بها في ظنها لا في الحقيقة والواقع، فالزوجة قد يطؤها زوجها ولا تحس بذلك كما لو كانت نائمة أو تحس بالوطء وتعرفه، ولكن زوجها ينكره فيدعي أنه طلّقها قبل الدخول بها نسياناً منه أو غلطاً أو تعمداً منه للإنكار، فإذا ولدت تبين لنا أنه طلّقها بعد الدخول، كما قال الإمام السرخسي وتبين لنا غلط أو كذب الادعاء بأن الطلاق وقع قبل الدخول.

٩٨٣٩ ـ ما يترتب على هذا الأصل:

ومما يترتب على هذا الأصل أن الرجل إذا طلّق زوجته قبل الدخول بها (على التوجيه الذي ذكرناه في ردنا على الاعتراض الثاني) فولدت ولداً لأقل من ستة أشهر وقت الطلاق ولستة أشهر من تاريخ عقد النكاح، فإن الولد يثبت نسبه من الزوج المطلق لتيقننا بعلوقه من الزوج حال قيام النكاح[١١٨٩٧].

(١١٨٩٥) الفقرات بين ٩٧٦٥-٩٧٦٦.

(١١٨٩٦) «المبسوط» ج٦، ص٥٠.

(١١٨٩٧) «البدائع» ج٣، ص٢١١-٢١٢.

وإذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق لا يثبت نسبه منه لعدم تيقننا بعلوقه من الزوج حال قيام النكاح لاحتمال أن يكون العلوق بوطء بعد الطلاق، والفراش كان زائلاً بيقين فلا يثبت مع الشك، فلا يثبت نسب الولد من الزوج[11898]، أو يقال «لأن النكاح، بالطلاق قبل الدخول ارتفع لا إلى عدّة، وهي قد جاءت بولد لمدة حبل تام ـ وهي ستة أشهر ـ بعد الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج»[11899].

٩٨٤٠ ـ على من يسري حكم هذا الأصل؟

وهذا الأصل الذي بيناه وما يبنى عليه من حكم ثبوت نسب الولد أو عدم ثبوته، هذا الأصل يسري على المطلقات ذوات الأقراء أي اللاتي يحضن وعلى ذوات الأشهر أي اللاتي تكون عدتهن بالأشهر[11900].

٩٨٤١ ـ الأصل الثاني:

«كل مطلقة عليها العدّة فنسبُ ولدها يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه ليس منه وهو أن تجيء به لأكثر من سنتين»[11901].

٩٨٤٢ ـ تعليل هذا الأصل:

لأنه إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت الطلاق علمنا يقيناً أنه ليس منه وإنما حصل من وطء بعد الطلاق لا قبله، لأن الحمل لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين (وهذا عند الحنفية، والتعليل لهم)، فقد جاء في «المبسوط» للإمام السرخسي: «وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب من الزوج لأنا تيقنا أن العلوق كان بعد الطلاق»[11902].

٩٨٤٣ ـ ما يترتب على هذا الأصل:

إذا جاءت به لسنتين فأقل من وقت الطلاق ولستة أشهر فأكثر من وقت عقد النكاح فنسب الولد يثبت من الزوج المطلق لأننا لا نعلم يقيناً أنه ليس منه. وبيان ذلك: أن الحمل قد يكون من وطء حدث بعد الطلاق، ويحتمل أن يكون من وطء وجد في حال قيام النكاح، وكانت حاملاً وقت الطلاق؛ لأن الولد قد يبقى في بطن أمه إلى سنتين، وهذا أظهر الاحتمالين لأن الظاهر من حال المسلمة أنها لا تتزوج في العدّة، وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب

(١١٨٩٨) «البدائع» ج٣، ص٢١١-٢١٢.

(١١٨٩٩) «المبسوط» ج٦، ص٥٠.

(١١٩٠٠) «البدائع» ج٣، ص٢١٢.

(١١٩٠١) «البدائع» ج٣، ص٢١١.

(١١٩٠٢) «المبسوط» ج٦، ص٤٦.

ما أمكن فيحمل عليه فيثبت نسب الولد من الزوج. أو يقال: إن النكاح يعتبر قائماً بقيام آثاره، ومنها العدّة، فما تلده الزوجة خلال مدّة العدّة يعتبر مولوداً على فراش الزوج باعتبار أن النكاح قائم فينسب إلى الزوج المطلّق(١١٩٠٣).

وعلى هذا إذا ولدت المطلقة المدخول بها ولداً لسنتين فأقل من تاريخ الطلاق ولستة أشهر فأكثر من وقت عقد النكاح ثبت نسبه منه؛ إن أقصى مدة الحمل سنتان عند الحنفية، فالمطلقة تكون قد ولدته خلال مدّة الحمل المعتبرة شرعاً فيثبت نسبه من الزوج.

٩٨٤٤ ـ تطبيق الأصلين مع الاختلاف في أقصى مدّة الحمل.

هذا، والأصلان اللذان ذكرتهما يمكن تطبيقهما مع اختلاف الفقهاء في أقصى مدّة الحمل، لأن الأصل الأول يتعلق بثبوت النسب بناء على أقل مدّة الحمل، وأقل مدّة الحمل لا خلاف فيه. والأصل الثاني يتعلق بثبوت النسب بناء على أكثر مدّة الحمل، فيلاحظ أقصى مدّة الحمل حسب الأقوال المختلفة عند ذكر التعليل وهو نفسه التعليل الذي ذكره الحنفية مع ذكر أقصى مدّة الحمل في التعليل.

الفرع الثاني

نسب ولد المطلقة من ذوات القروء المدخول بها

٩٨٤٥ ـ تمهيد:

المطلقة المدخول بها إذا كانت من ذوات القروء أي أنها تحيض، قد يكون طلاقها رجعياً وقد يكون بائناً، وهي في الحالتين قد تقر بانقضاء عدّتها، وقد لا تقر بانقضائها، فما حكم الولد بالنسبة لثبوت نسبه إذا جاءت به المطلقة في حالة من هذه الحالات؟ هذا ما نريد بيانه في هذا الفرع.

٩٨٤٦ ـ أولاً: إذا كان الطلاق رجعياً:

إذا كان الطلاق رجعياً، فإما أن تقر بانقضاء عدّتها وإما لم تقر، فإذا جاءت بولد في هاتين الحالتين: الإقرار بانقضاء عدّتها، وعدم إقرارها بانقضائها فهل يثبت نسب الولد من الزوج؟ هذا ما نبيّنه فيما يلي:

٩٨٤٧ ـ الحالة الأولى: إذا لم تقر بانقضاء عدّتها:

أ ـ ولدته لأقل من سنتين:

قال الحنفية: إذا لم تقر المطلقة رجعياً بانقضاء عدّتها وولدت بعد الطلاق لأقل من سنتين

(١١٩٠٣) «البدائع» ج٣، ص٢١٢.

من وقت الطلاق ثبت نسب المولود من الزوج، ويحمل على أن المطلقة حملت به قبل الطلاق؛ لأنه لم يمض عليه أكثر من أقصى مدّة الحمل التي هي سنتان[11904].

ولا يصير مراجعاً لها، بل يحكم بانقضاء عدّتها بوضع الحمل، لأننا نسند العلوق إلى أبعد الأوقات وهو ما قبل الطلاق، فإنّا لو أسندناه إلى أقرب الأوقات صار مراجعاً لها والرجعة لا تثبت بالشك[11905].

٩٨٤٨ - ب: إذا ولدته لسنتين فأكثر:

وإذا ولدته المطلقة رجعياً التي لم تقر بانقضاء عدّتها لتمام سنتين أو أكثر من وقت الطلاق ثبت نسبه أيضاً من الزوج لاحتمال حملها منه أثناء العدّة؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحلّ. جاء في «الهداية»: «ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدّتها لاحتمال العلوق - أي علوقها منه - في حالة العدّة لجواز أن تكون ممتدة الطهر»[11906].

وفي «البدائع» في بيان هذه الحالة: «وإن جاءت به - أي بالولد - لأكثر من سنتين لزم الزوج وصار مراجعاً لها. وإنما كان كذلك لأن العلوق حصل من وطء بعد الطلاق ويمكن حمله على الوطء الحلال وهو وطء الزوج؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء فيملك وطئها ما لم تقر بإنقضاء عدّتها، فوجب حمله عليه ومتى حمل عليه صار مراجعاً بالوطء فيثبت النسب وإن طال الزمن لجواز أن تكون ممتدة الطهر فوطأها في آخر الطهر فعلقت به فصار مراجعاً»[11907].

وفي «المبسوط» للسرخسي: «وإن جاءت به لأكثر من سنتين ولم تقر بانقضاء عدّتها ثبت النسب منه ويصير مراجعاً لها، لأن حمل أمرها على الصلاح واجب ما أمكن، فلو جعلنا كأن الزوج وطئها في العدّة فحبلت كان فيه حمل أمرها على الصلاح، ولو جعلنا كأن غيره وطئها كان فيه حمل أمرها على الفساد»[11908].

٩٨٤٩ - الحالة الثانية: إذا أقرت بانقضاء عدّتها:

أ - مذهب الحنفية:

عند الحنفية إذا أقرت المطلقة رجعياً بانقضاء عدّتها وكانت المدّة بين الطلاق والإقرار بانقضاء عدّتها تحتمل الصدق بأن كانت ستين يوماً على قولَ الإمام أبي حنيفة وتسعة وثلاثين يوماً على رأي أبي يوسف ومحمد ثم جاءت بولد، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم أقرت بانقضاء عدّتها ثبت نسبه من الزوج، وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار لم يثبت

(١١٩٠٤) «فتح القدير» ج٣، ص٣٠٣.

(١١٩٠٥) «المبسوط» ج٦، ص٤٥.

(١١٩٠٦) «الهداية» ج٣، ص٣٠٢.

(١١٩٠٧) «البدائع» ج٣، ص٢١٣.

(١١٩٠٨) «المبسوط» ج٦، ص٤٥-٤٦.

نسبه من الزوج. وإنما كان الحكم كذلك لأن الأصل أن المعتدة مصدقة في الإخبار عن انقضاء عدّتها؛ لأن الشرع قد ائتمنها على ذلك فتصدق في ذلك ما لم يظهر غلطها أو كذبها بيقين، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدّتها كان ذلك دليلاً على غلطها أو كذبها؛ لأنه تبين أنها كانت معتدة وقت الإقرار بوجود الحمل في بطنها لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، فإقرارها بانقضاء عدّتها وهي معتدة بالحمل يكون إقراراً غلطاً أو كذباً فيلحق إقرارها بالعدم.

أما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدّتها فإنها في هذه الحالة لا يظهر كذبها لاحتمال أنها تزوجت بعد إقرارها بانقضاء عدّتها فجاءت بولد، فلا يكون ولد زنى، ولكن لا يكـون له نَسب معـروف، فلزم تصديقها بإخبارها بانقضاء عدّتها، لأن الأصل تصديقها في ذلك، إلا إذا ظهر غلطها أو كذبها ولم يظهر ذلك منها فلا يثبت نسب الولد من زوجها المطلق[١١٩٠٩].

٩٨٥٠ ـ ب ـ مذهب الشافعي:

وقال الإمام الشافعي ـ على ما ذكره الإمام الكاساني في بدائعه ـ إذا أقرت بانقضاء عدّتها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر من وقت إقرارها ثبت نسبه من الزوج ما لم تتزوج.

(وجه) قوله أن إقرارها بانقضاء عدّتها تضمن إبطال حق الصبي في ثبوت نسبه، لأن النسب ثبت حقاً للصبي، وفي إقرارها هذا تضييع نسبه فلا يقبل إقرارها.

وقال الكاساني رداً على قول الشافعي: إن الشرع أئتمنها على الإخبار بانقضاء عدّتها لأنه نهاها عن كتمان ما في رحمها، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار وإنه أمر بالقبول.

وقوله ـ أي الشافعي ـ إن اقرارها يتضمن إبطال حق الصبي في النسب، ممنوع فإن إبطال الحق يكون بعد ثبوته، والنسب هنا غير ثابت لما ذكرنا[١١٩١٠].

٩٨٥١ ـ ثانياً: إذا كان الطلاق بائناً:

المطلقة بائناً إما أن لا تقر بانقضاء عدّتها وأما أن تقر بانقضائها، فما حكم نسب الولد إذا جاءت به في هاتين الحالتين؟

(١١٩٠٩) «البدائع» ج٣، ص٢١٣، «فتح القدير» ج٣، ص٣٠٢-٣٠٣.

(١١٩١٠) «البدائع» ج٣، ص٢١٣.

٩٨٥٢ ـ الحالة الأولى: إذا لم تقر بانقضاء عدّتها:

وعند الحنفية تفصيل في هذه الحالة نوجزه في الآتي:

٩٨٥٣ ـ أ ـ إذا جاءت به لأقل من سنتين:

إذا جاءت المطلقة بائناً بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من الزوج لاحتمال كونه موجوداً في رحم أمه وقت الطلاق فلا نتيقن بزوال فراش الزوجية قبل العلوق وحصول الحمل، وما دام هذا الاحتمال فالنسب يثبت احتياطاً مع ما فيه من حمل أمر المرأة على الصلاح[11911].

٩٨٥٤ ـ ب: إذا جاءت به لتمام سنتين:

وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الطلاق لم يثبت نسب الولد، جاء في «الهداية»: «والمبتوتة ـ المطلقة بائناً ـ يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين، فإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه، لأن وطأها حرام»[11912].

ولكن جاء في «البدائع» ما يدل على ثبوت نسب ولد المطلقة بائناً إذا جاءت به لسنتين من وقت الطلاق، فقد قال صاحب «البدائع» الإمام الكاساني: «فن جاءت به إلى سنتين عند الطلاق لزمه؛ لأنه يحتمل أن يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق ويحتمل أن يكون من وطء وجد في حال قيام النكاح وكانت حاملاً وقت الطلاق؛ لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين بالاتفاق ـ أي بين الحنفية ـ وهذا أظهر الاحتمالين، إذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج في العدّة، وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن، فيحمل عليه. أو نقول: كان النكاح قائماً بيقين، والفراش كان ثابتاً بيقين لقيام النكاح، والثابت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله، فإذا كان احتمال العلوق على الفراش قائماً لم نستيقن بانقضاء العدّة وزوال النكاح من كل وجه، فلم نستيقن بزوال الفراش فلا نحكم بالزوال بالشك»[11913].

٩٨٥٥ ـ ثبوت نسب الولد بالدعوة:

وعلى ما جاء في «الهداية» من عدم ثبوت نسب الولد إذا جاءت به المطلقة بائناً لتمام سنتين من وقت الطلاق فإن نسبه يثبت من الزوج بالدعوة بأن يدعيه، أي يدعي أنه ولده، ولم يقل إنه

(١١٩١١) «المبسوط» ج٦، ص٤٦، «الهداية» ج٣، ص٣٠٣.

(١١٩١٢) «الهداية» ج٣، ص٣٠٣.

(١١٩١٣) «البدائع» ج٣، ص٢١٢.

من الزنى، لأن ادعاءه له وجه وهو أنه وطئها بشبهة في العدّة[11914]. هل يشترط تصديق المرأة له؟ لأن الولد ممكن أن يكون منه ـ أي من الزوج ـ وقد ادعاه ولا معارض له[11915].

وما قاله صاحب «فتح القدير» ظاهر الوجاهة والترجيح؛ لأن فيه مصلحة الولد بثبوت نسبه.

٩٨٥٦ ـ جـ ـ وإن جاءت به لأكثر من سنتين:

وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت الطلاق لا يثبت نسبه لأنّا تيقنا أن العلوق كان بعد الطلاق فلا يمكن إلحاق الولد به ـ أي بالزوج[11916]. ولكن إذا ادّعاه الزوج ولم يقل إنه من الزنى ثبت نسبه منه على النحو الذي ذكرناه في الفقرة السابقة.

الحالة الثانية ـ إذا أقرّت بانقضاء عدّتها:

أ ـ إذا ولدت لسنتين:

إذا أقرت المطلقة بائناً بانقضاء عدّتها في مدّة تنقضي في مثلها العدّة، وهي ستون يوماً على رأي الإمام أبي حنيفة، أو تسع وثلاثون يوماً على رأي أبي يوسف كما قلنا، ثم جاءت بولد إلى سنتين من وقت الطلاق، ينظر: فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم أقرت بانقضاء عدّتها ثبت نسبة الولد منه ـ أي من الزوج المطلق ـ لظهور كذبها أو غلطها في إخبارها عن انقضاء عدّتها؛ لأنها تبينت أنها كانت معتدة بالحمل وقت الإقرار؛ لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، فإقرارها بانقضاء العدّة وهي معتدة بالحمل يكون غلطاً أو كذباً منها فيلحق هذا الاقرار منها بالعدم[11917].

وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدّتها لم يظهر كذبها في هذا الإقرار، والأصل أنها مصدقة في إخبارها بانقضاء عدّتها، فلا يكون الولد من زوجها ولا يثبت نسبه منه.

أما الولد فلا يعتبر ولد زنى، لاحتمال أنها تزوجت بعد إقرارها بانقضاء عدّتها فجاءت منه بولد، فلا يكون ولد زنى، بل ليس له نسب معروف. ولا فرق فيما قلناه بين كونها ولدته لسنتين أو أقل أو أكثر من وقت طلاقها لعدم وجود ما يدل على كذبها في إقرارها بانقضاء عدّتها كما قلنا[11918].

(١١٩١٤) «الهداية» ج٣، ص٣٠٣.

(١١٩١٥) «فتح القدير» ج٣، ص٣٠٣.

(١١٩١٦) «المبسوط» ج٦، ص٤٦.

(١١٩١٧) «البدائع» ج٣، ص٢١٣.

(١١٩١٨) «البدائع» ج٣، ص٢١٣.

٩٨٥٨ - ب - إذا ولدت لأكثر من سنتين:

وإن ولدت لأكثر من سنتين من وقت الطلاق، ولأقل من ستة أشهر من وقت إخبارها بانقضاء عدّتها، فلا يثبت نسب الولد من الزوج لمضي مدّة أكثر من أقصى مدّة الحمل بعد الطلاق، فيكون الحمل حادثاً يقيناً بعد الطلاق. ولكن لو ادعاه الزوج ولم يصرح بأنه من الزنى، يثبت نسبه منه، ويحمل على أنه وجد بعد حصول عقد أو بعد وطئها بشبهة[11919].

الفرع الثالث

نسب ولد المطلقة الكبيرة الآيسة المدخول بها

٩٨٥٩ - المقصود بالآيسة:

الآيسة هي التي لا تحيض لكبرها، فإذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها في حياته بطلاق ونحوه، فعدّتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿واللَّائي يَئِسنَ مِنَ المحيض من نِسائِكُم إنْ ارتَبْتُم فعدّتهنَّ ثلاثةُ أشهرٍ واللَّائي لَمْ يَحضنَ﴾[11920].

واليائسـات من المحيض هن الـلاتي لا يحضن لكبـرهن، واختلف في سن اليأس من المحيض كما بينا ذلك من قبل.

٩٨٦٠ - القواعد التي تحكم نسب ولد الآيسة:

قال الحنفية إذا كانت المعتدّة عن طلاق ونحوه آيسة من المحيض وعدّتها كما هو معلوم ثلاثة أشهر، فإن جاءت بولد فالحكم بالنسبة إلى ثبوت نسبه يكون على التفصيل التالي[11921].

٩٨٦١ - أ - إن لم تقر بانقضاء عدّتها:

وحكمها حكم ذوات القروء في هذه الحالة على النحو الذي فصلناه من قبل، سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، فإذا جاءت بولد إلى سنتين من وقت الطلاق، ثبت نسبه من الزوج؛ لأنها لما ولدت علمنا أنها ليست بآيسة بل من ذوات الأقراء (الحيض).

٩٨٦٢ - ب - إن أقرت بانقضاء عدّتها مفسراً بثلاثة أشهر:

فإن كانت أقرت بانقضاء عدّتها مفسراً بثلاثة أشهر فنسب الولد يثبت من الزوج؛ لأنه لما

(١١٩١٩) «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني ج٢، ص٢١.

(١١٩٢٠) [سورة الطلاق الآية ٤].

(١١٩٢١) «المبسوط» ج٦، ص٥٠، «البدائع» ج٣، ص٢١٣.

تبين أنها لم تكن آيسة تبين أن عدّتها لم تكن بالأشهر فلم يصح إقرارها بانقضاء عدّتها بالأشهر فالتحق إقرارها بالعدم واعتبرت كأنها لم تقر أصلاً. أو يقال أنها لما ولدت تبين أنها غلطت فيما قالت؛ لأن الآيسة لا تلد، فهي إذن كانت ممتدة الطهر وليست آيسة.

٩٨٦٣ ـ جـ ـ إقرت بانقضاء عدّتها مطلقاً:

فإن كانت قد أقرّت مطلقاً بانقضاء عدّتها في مدّة تصلح لثلاثة قروء ينظر: فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها ثبت نسب الولد من الزوج وإلاّ لم يثبت؛ لأنه لما تبين أنها غير آيسة حمل إقرارها بانقضاء عدّتها على الإقرار بانقضاء عدّتها بالقروء حملاً لكلام المسلمة العاقلة على الصحة عند الإمكان.

الفـــرع الرابـــع

نسب ولد المطلقة الصغيرة المدخول بها

٩٨٦٤ ـ المقصود بالصغيرة:

المقصود بالمطلقة الصغيرة هنا، الصغيرة التي يُوطأ مثلها، أو المراهقة وهي التي قاربت البلوغ، فقد جاء في «الهداية»: «فإن كانت المعتدة ـ أي المطلقة بائناً ـ صغيرة يجامع مثلها. .»[11922].

فالصغيرة في هذا القول هي التي يجامع مثلها، وهو ما نقصده في بحثنا في هذا الفرع، وإن لم تصل إلى حدّ البلوغ بالحيض أو بالسنين.

وجاء في «الدر المختار» «ويثبت نسب ولد المطلقة ولو رجعياً، المراهقة المدخول بها، وكذا غير المدخولة. . إلخ»[11923]، فهذا النص يبين المقصود بالصغيرة التي يمكن أن تأتي بولد، بأنها المراهقة، وهي المقاربة للبلوغ وهي من بلغت سناً يمكن أن تبلغ فيه بأن تحيض وتحبل وهو تسع سنوات، أما دون ذلك فلا يمكن منها الحبل[11924].

٩٨٦٥ ـ القواعد التي تحكم نسب ولد المطلقة الصغيرة:

عند الحنفية إذا جاءت الصغيرة التي يجامع مثلها بولد فالأمر لا يخلو من واحد من ثلاث حالات:

(١١٩٢٢) «الهداية» ج٣، ص٣٠٤.

(١١٩٢٣) «الدر المختار» ج٣، ص٥٤٢.

(١١٩٢٤) «رد المحتار» ج٣، ص٥٤٢.

الأولى: أقرت بانقضاء عدّتها بمضي ثلاثة أشهر.

الثانية: لم تقر بانقضاء عدّتها بالأشهر، وإنما أقرت بأنها حامل في مدّة العدّة، أي وهي الثلاثة أشهر.

الثالثة: سكتت فلم تقر بانقضاء عدّتها، ولا أقرّت بانقضائها.

وكل حالة من هذه الحالات على وجهين، فإما أن تكون في حالة الطلاق الرجعي، أو في حالة الطلاق البائن.

٩٨٦٦ ـ الحالة الأولى ـ أقرّت بانقضاء عدّتها:

إذا أقرّت بانقضاء عدّتها بمضي ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد، ينظر: فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها بانقضاء عدّتها ثبت النسب.

وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدّتها لا يثبت النسب، لأن إقرار الصغيرة بانقضاء عدّتها مقبول في الظاهر، لأنها أعرف بعدتها من غيرها، ولهذا لو أقرت بالبلوغ يقبل إقرارها. غير أنها لما جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فقد ظهر كذبها في إقرارها؛ لأنها تبين أنها كانت معتدّة وقت الإقرار بالحمل فألحق إقرارها بالعدم، لأننا تيقنا أن العلوق بالولد أي بالحمل به كان قبل الطلاق، وحمل أمر الزوجة على الصحة واجب ما أمكن ذلك، فيُجعل هذا العلوق من الزوج، ويتبين أنه لما طلّقها كان قد طلّقها بعد الدخول لا قبله[11925].

وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت إقرارها لا يثبت النسب لأنه لم يظهر كذبا في إقرارها لجواز أنها تزوجت بعد انقضاء عدّتها وهذا الولد منه. والطلاق الرجعي والبائن في هذه الحالة سواء[11926].

٩٨٦٧ ـ الحالة الثانية ـ أقرت بالحمل[11927]:

أ ـ في الطلاق البائن:

وإن لم تقر بانقضاء عدّتها بالأشهر، ولكنها أقرّت بأنها حامل في مدّة العدّة أي مدّة الثلاثة

(١١٩٢٥) «البدائع» ج٣، ص٢١٣، «المبسوط» ج٦، ص٥٠.

(١١٩٢٦) «البدائع» ج٣، ص٢١٤، «المبسوط» ج٦، ص٥١.

(١١٩٢٧) «البدائع» ج٣، ص٢١٤، «المبسوط» ج٦، ص٥١، «الهداية» و«فتح القدير» ج٣، ص٣٠٥، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٥٤٢-٥٤٣.

أشهر، فإن كان الطلاق بائناً ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق. وإن كان رجعياً ثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهراً من وقت الطلاق؛ لأنها لما أقرّت بالحمل في مدّة العدّة فقد حكمنا ببلوغها فصار حكمها حكم البالغة، فإذا جاءت بولد ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق، وإن كان الطلاق بائناً لأننا نحكم بالعلوق قبل الطلاق، كما هو الحكم بالنسبة للمعتدّة الكبيرة التي تحيض إذا طلقت بائناً. فإذا جاءت لأكثر من سنتين لا يثبت النسب؛ لأنه يحمل على علوق حادث بعد الوطء.

٩٨٦٨ - ب - في الطلاق الرجعي:

وإن كان الطلاق رجعياً يثبت النسب إلى سنتين وثلاثة أشهر من وقت الطلاق؛ لأنه ظهر أن العلوق كان في العدّة يصير الزوج مراجعاً لها في آخر عدّتها أي في آخر الثلاثة أشهر، ثم إن أكثر مدّة الحمل سنتان، فصح أن النسب يثبت إذا جاءت بالولد لسبعة وعشرين شهراً من وقت الطلاق الرجعي.

وإن جاءت به المعتدة من طلاق رجعي لأكثر من سبعة وعشرين شهراً لا يثبت النسب؛ لأنه تبين أن العلوق - الحبل أو الحمل - كان بعد مضي الثلاثة أشهر؛ ولأن الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين فلا يصير مراجعاً لها في آخر الثلاثة أشهر، ثم إن أكثر مدّة الحمل سنتان، فصح أن النسب يثبت إذا جاءت بالولد لسبعة وعشرين شهراً من وقت الطلاق الرجعي.

وإن جاءت به المعتدة من طلاق رجعي لأكثر من سبعة وعشرين شهراً لا يثبت النسب، لأنه تبين أن العلوق - الحبل أو الحمل - كان بعد مضي الثلاثة أشهر؛ ولأن الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين فلا يصير مراجعاً لها في العدّة.

٩٨٦٩ - الحالة الثالثة: إن لم تقرّ بشيء[١١٩٢٨]:

وإن سكتت فلم تقر بانقضاء عدّتها ولا أقرت بانقضائها، وإنما سكتت فلم تقر بشيء فقد اختلف الحنفية في هذه الحالة. فقال أبو حنيفة ومحمد: سكوتها كإقرارها بانقضاء عدّتها، فإذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب. وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لا يثبت نسب الولد، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً.

وقال أبو يوسف: سكوتها كإقرارها بالحمل أو دعوى الحمل، فإن كان الطلاق بائناً يثبت

(١١٩٢٨) «البدائع» ج٣، ص٢١٤، «المبسوط» ج٦، ص٥١، «الهداية» و«فتح القدير» ج٣، ص٣٠٥، «الدرالمختار ورد المحتار» ج٣، ص٥٤٢-٥٤٣.

النسب إلى سنتين من وقت الطلاق، وإن كان الطلاق رجعياً يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهراً من وقت الطلاق.

(وجه) قول أبي يوسف أن المراهقة يحتمل أن تكون عدّتها بوضع الحمل لاحتمال أنها حبلت ولم تعلم بذلك، فما لم تقر بانقضاء عدّتها لا يحكم بالانقضاء كالمتوفى عنها زوجها.

(وجه): قول أبي حنيفة ومحمد أن عدّة الصغيرة ثلاثة أشهر على اعتبار الأصل، إذ الأصل فيها عدم البلوغ، فكان انقضاء عدّتها بانقضاء ثلاثة أشهر كإقرارها بانقضاء عدّتها، وهي لو أقرّت بانقضاء عدّتها كان الجواب ما ذكرنا كذا هذا. وهذا بخلاف المتوفى عنها زوجها، أنه لا يحكم بانقضاء عدّتها بمضي الشهور، لأن عدّتها ذات جهتين: يحتمل أن تكون بالشهور، ويحتمل أن تكون بوضع الحمل، فما لم تقر بانقضاء عدّتها لا يحكم بأحد الأمرين، بينما عدّة الصغيرة ذات جهة واحدة، وهي العدّة بالأشهر باعتبار الأصل كما ذكرنا.

الفـرع الخامـس

نسب ولد المطلقة غير المدخول بها

٩٨٧٠ ـ الأصل في هذا النسب:

والأصل الذي يرجع إليه لمعرفة نسب ولد المطلقة قبل الدخول، هو الأصل الذي ذكرناه من قبل ونعيده هنا وهو:

«كل مطلقة لم تلزمها العدّة بأن لم تكن مدخولاً بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه منه وهو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر»[١١٩٢٩].

٩٨٧١ ـ تعليل هذا الأصل ودفع ما اعترض عليه:

وقد بيّنّا المقصود من هذا الأصل وتعليل ما ورد فيه ودفع ما اعترض عليه من اعتراضات، فلا نعيد هنا ما قلناه هناك[١١٩٣٠].

٩٨٧٢ ـ ما يترتب على هذا الأصل:

وبنـاء على هذا الأصـل فإن نسب ولد المطلقة غير المدخول بها (حسب ظنّها أو ادعاء زوجها) يثبت إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، ولستة أشهر من تاريخ عقد

(١١٩٢٩) «البدائع» ج٣، ص٢١١.

(١١٩٣٠) الفقرات من ٩٨٣٦ـ٩٨٣٨.

النكاح، ولا يثبت إن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق[11931].

٩٨٧٣ ـ المطلقات اللاتي يسري عليهم حكم هذا الأصل:

وهذا الأصل الذي ذكرناه وما تضمنه من حكم يسري على كل مطلقة قبل الدخول، سواء كانت من ذوات القروء أي من اللاتي يحضن، أو كانت من اللائي تكون عدتهنّ بالأشهر، وهنّ الكبيرات اللاتي يئسن من المحيض، أو الصغيرات اللاتي لم يحضن بعد[11932].

المطلب الثالث

نسب ولد المتوفى عنها زوجها

٩٨٧٤ ـ ثلاث حالات:

المتوفى عنها زوجها قد تكون كبيرة من ذوات الأقراء (الحيض) أو آيسة من الحيض، أو صغيرة يجامع مثلها، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فما حكم الولد إذا جاءت به بعد وفاة زوجها من جهة نسبه من زوجها المتوفى؟

والجواب يختلف باختلاف الحالات، فهي إما أن تقر بانقضاء عدّتها أو لا تقر بانقضائها، أو تسكت بلا إقرار بشيء، أي لا تقر بانقضائها ولا بعدم انقضائها. فالحالات ثلاث، ولكل حالة حكمها من جهة ثبوت نسب الولد الذي تأتي به في كل حالة من هذه الحالات، على النحو الذي نبينه فيما يلي:

٩٨٧٥ ـ الحالة الأولى: إذا لم تقر بانقضاء عدّتها[11933]:

أ ـ إذا جاءت بولد لسنتين من وقت الوفاة:

إذا لم تقر المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدّتها وهي عدّة الوفاة (أربعة أشهر وعشرة أيام) ثم جاءت بولد إلى سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من الزوج عند أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد.

وقال الإمام: إذا لم تدّع الحمل في مدّة العدّة ثم جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام لا يثبت

(١١٩٣١) أنظر تعليل ذلك في الفقرة ٩٨٣٩.

(١١٩٣٢) «البدائع» ج٣، ص٢١٢.

(١١٩٣٣) «البدائع» ج٣، ص٢١٤، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٥٤٤، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٣٧.

(وجه) قول الإمام زفر أن عدّة المتوفى عنها زوجها هي بالأشهر عند عدم الحمل، والأصل هو عدم الحمل. فإذا مضت أربعة أشهر وعشرة أيام يحكم بانقضاء عدّتها فتصير كأنها أقرّت بانقضاء عدّتها ثم جاءت بولد بعد ذلك.

ومن المعلوم أنها في حالة إقرارها بانقضاء عدّتها لو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب ولو جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يثبت النسب، فكذا هنا.

(وجه): قول أبي حنيفة وصاحبيه أن عدّة المتوفى عنها زوجها ذات جهتين لجواز أن تكون حاملاً فتنقضي عدّتها بوضع الحمل، وقد لا تكون حاملاً فتنقضي عدّتها بالأشهر، فما لم تقر بانقضاء عدّتها لا نعلم أنها غير حامل، فلا نحكم بانقضاء عدّتها بمجرد مضي أربعة أشهر وعشرة أيام.

٩٨٧٦ ـ ب: إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت الوفاة:

وإن جاءت معتدّة الوفاة بولد لأكثر من سنتين من وقت الوفاة لا يثبت نسبه لاحتمال أنها حملت به بعد الوفاة؛ ولأن الأصل أن كل امرأة وجبت عليها العدّة، فإن نسب ولدها يثبت من الزوج إلا إذا علمنا يقيناً أنه ليس منه وهو أن تلده لأكثر من سنتين من وقت الفرقة بموت أو طلاق أو غيرهما من أسباب الفرقة.

فإذا جاءت به لأكثر من سنتين من وقت الوفاة لا نتيقن حصول الحمل قبل الوفاة لاحتمال حملها به بعد الوفاة، فلا يثبت النسب.

٩٨٧٧ ـ الحالة الثانية ـ إذا أقرّت بانقضاء عدّتها[١١٩٣٤]:

وإن أقرّت المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدّتها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ثم أتت بولد، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها ثبت نسب الولد. وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر لم يثبت نسبه لاحتمال علوقها من غيره.

٩٨٧٨ ـ الحالة الثالثة: أن تسكت فلا تقر بشيء:

وإن سكتت فلم تقر بشيء لا بانقضاء عدّتها ولا بعدم انقضائها، فالحكم في نسب الولد إن كانت صغيرة يجامع مثلها فعلى قول أبي حنيفة ومحمد إن جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعداً منذ مات لم يثبت النسب منه، وعلى قول أبي يوسف، إذا جاءت به لأقل من سنتين كان النسب ثابتاً منه؛ لأنها جاءت به لمدة يتوهم أن يكون حملها من زوجها حال قيام النكاح،

(١١٩٣٤) «البدائع» ج٣، ص٢١٤.

وهـذا لأن الصغيرة التي يجامع مثلها (المراهقة) بلوغها لا يعرف إلاّ من جهتها، فإذا لم تقر بانقضاء العدّة، فهي والكبيرة سواء، لأن انقضاء عدّتها بالشهور أن لا تكون حاملاً وهذا الشرط لا يعلم إلا من قبلها.

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد: أنّا عرفناها صغيرة وما عرف ثبوته وجب التمسك به حتى يقوم الدليل على زواله، وعدّة الصغيرة بالنص في الوفاة أربعة أشهر وعشر.

فإذا جاءت بالولد لمدّة حبل تام (ستة أشهر) بعد ظهور انقضاء عدّتها لم يثبت النسب منه كما لو أقرّت بانقضاء العدّة. فأما المرأة الكبيرة إذا مات عنها زوجها وسكتت فلم تقر بانقضاء عدّتها ولا بعدم انقضائها عند مضي أربعة أشهر وعشر.

فإذا جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت وفاة زوجها ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة وصاحبيه، وقال الإمام زفر: لا يثبت النسب منه إذا جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعداً منذ مات الزوج؛ لأنه بمضي أربعة أشهر وعشر، حكمنا بانقضاء عدّتها بالنص إذا لم يكن بها حبل ظاهر، فإذا جاءت بولد لمدّة حبل تام (ستة أشهر) بعد ذلك لم يثبت النسب منه لاحتمال علوقها من غيره.

(وجه) قول أبي حنيفة وصاحبيه أن الحامل لا تنقضي عدّتها إلا بوضع حملها سواء كانت معتدّة عدّة وفاة أو غيرها، وكونها حاملاً أو غير حامل لا يعرف إلا من قبلها فما لم تقر بانقضاء عدّتهـا لا تجعل منقضية العدّة بمجرد مضي أربعة أشهر وعشر. وهذا بخلاف الصغيرة، فإن الصغر ينافي الحبل فانقضاء عدّتها بمضي المدّة مطلقاً يجب الحكم به إلا إذا ادّعت الحبل[1935].

(١١٩٣٥) «المبسوط» ج١٧، ص١٦٥-١٦٦.

المبحث الخامس

نسب ولد المعتدّة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة

٩٨٧٩ ـ وجوب العدّة من النكاح الفاسد:

النكـاح الفاسد يستوجب التفريق لعدم مشروعيته، إلا أنه إذا حصل فيه دخول استوجب العـدّة على المـرأة بعـد التفريق، وإن كان فاسداً؛ لأن الفاسد يعتبر منعقداً أو صحيحاً عند الحاجة، وقد مست الحاجة إلى اعتباره صحيحاً لوجوب العدّة صيانة لماء الرجل عن الضياع، وذلك بثبوت نسب الولد منه إن كانت الزوجة حاملاً منه. ويستوي في وجوب العدّة بعد الدخول في هذا النكاح حصول الفرقة بوفاة الزوج أو (بالمتاركة) من قبل الزوجين بأن يفترقا أو (بالتفريق) فيما بينهما من قبل القاضي، لأن وجوب العدّة في الفرقة في النكاح الفاسد لاستبراء الرحم، أي للتـأكـد من كون المرأة حاملاً أو غير حامل، هذا المعنى لا يوجب الفصل بين فرقة في الحياة، وفرقة بالموت ـ موت الزوج ـ ما دام قد حصل دخول في هذا النكاح.

٩٨٨٠ ـ وجوب العدّة من الوطء بشبهة:

وكذلك يستوجب الوطء بشبهة لزوم العدّة على الموطوءة بشبهة بعد التفريق فيما بينهما؛ لأن الشبهة تقوم مقام الحقيقة في موضع الاحتياط، وايجاب العدّة هنا من باب الاحتياط صيانة لماء الواطىء من الضياع فيما إذا حملت المرأة من هذا الوطء، ولا يعرف ذلك إلا بوجوب العدّة، إذ بها يحصل التأكد من براءة رحم المرأة من انشغاله بالحمل، أو انشغاله به إن كانت حاملاً فعلاً.

٩٨٨١ ـ ثبوت نسب ولد المعتدّة من نكاح فاسد وشروطه:

جاء في «الدر المختار ورد المحتار» في فقه الحنفية في باب ثبوت النسب: «وفاسد النكاح في ذلك ـ أي ثبوت النسب ـ كصحيحه، ثم إن محل ثبوت النسب فيه إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت المفارقة لا لأكثر منهما»[١١٩٣٦]. ومن الواضح أن هناك شروطاً أخرى وحالات في ثبوت

(١١٩٣٦) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٥٤٠.

النسب في عدّة النكاح الصحيح يجب أن تراعى في ثبوت النسب في عدّة النكاح الفاسد ما دام أن فاسد النكاح كصحيحه في ثبوت النسب.

وعلى هذا فما قلناه في ثبوت نسب الولد من نكاح صحيح من جهة مدّة الحمل المعتبرة في حدها الأدنى والأقصى، يقال هنا، إلا أن ابتداء هذه المدة يكون من وقت المتاركة أو التفريق أو الوفاة. وكذلك ما قلناه في ثبوت نسب ولد المعتدة من نكاح صحيح سواء كانت معتدة عدّة طلاق أو وفاة في حالة إقرارها بانقضاء عدّتها أو عدم انقضائها يقال هنا أيضاً بالنسبة للمعتدة من نكاح فاسد.

٩٨٨٢ ـ ما يجب ملاحظته في عدّة النكاح الفاسد:

ونكاح الفاسد وإن كان كصحيحه في ثبوت النسب كما قال الحنفية، إلا أنه يجب أن يلاحظ ما يأتي لتعلقه بثبوت النسب:

أولاً: أن ما قلناه بالنسبة لثبوت نسب ولد معتدة الطلاق الرجعي من جهة ملاحظة كون الزوج في الطلاق الرجعي يملك الرجعة، وبالتالي إذا جاءت بولد لتمام سنتين يثبت نسبه باعتبار أنه وطئها في آخر عدّتها فكان بوطئها مراجعاً لها.

هذا الحكم لا يسري على معتدة النكاح الفاسد؛ لأن زوجها لا يملك حق الرجعة في عدّتها فلا يجوز له وطؤها في عدّتها فلا يعتبر وطؤها لها رجعة. جاء في «رد المحتار» لابن عابدين: «لأن الوطء في عقد النكاح الفاسد لا يوجب الرجعة»[11937].

ثانياً: إن النكاح الفاسد لا يوجب عدّة الوفاة على المرأة إذا مات الزوج قبل المتاركة أو قبل التفريق. لأن عدّة الوفاة تجب في النكاح الصحيح لا الفاسد، لأن الله تعالى أوجبها على الزوجة والمرأة لا تكون زوجة حقيقة إلا بالنكاح الصحيح، ولكن لو وطئها قبل موته ومات عنها بعد الوطء وقبل التفريق وجبت عليها العدّة لوطئه لا لموته، وتكون عدّتها بناء على هذا الوطء وبموجب أحكامه وليس بناء على موت الزوج، وبموجب أحكامه.

٩٨٨٣ ـ ثبوت نسب ولد المعتدّة بوطء بشبهة وشروطه:

ويثبت نسب ولد المعتدّة بوطء بشبهة صيانة لماء الواطىء، وبنفس شروط ثبوت ولد المعتدة من نكاح فاسد التي ذكرناها، فتعتبر منه أدنى مدّة الحمل وأكثرها، إلا أن ابتداءها يكون من وقت المتاركة، أو التفريق بين الواطىء والموطوءة بشبهة. ثم يلاحظ في ثبوت نسب الولد إن

(١١٩٣٧) «رد المحتار على الدر المختار» ج٣، ص٥٤٠.

جاءت به الموطوءة بشبهة في حالة إقرارها بانقضاء عدّتها أو عدم انقضائها. وأنها لا تعتد عدّة وفاة إذا مات واطؤها قبل التفريق، وإنما تعتد بسبب وطئه، فتعتد بالقروء أو بالأشهر أو بوضع الحمل.

٩٨٨٤ ـ بعض حالات نسب ولد المعتدة من نكاح فاسد:

إذا تزوجت المعتدة من طلاق أو وفاة في نكاح صحيح قبل انقضاء عدّتها فنكاحها فاسد، فإذا جاءت بولد بعد نكاحها الفاسد، فالحكم بالنسبة لنسب الولد يكون على التفصيل الآتي حسب الحالات المختلفة[١١٩٣٨].

٩٨٨٥ ـ الحالة الأولى:

إن جاءت به لأقل من سنتين منذ طلّقها الأول أو مات، ولأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني. فالحكم في هذه الحالة ثبوت نسب الولد من زوجها الأول؛ لأنه لا يحتمل أن يكون من الثاني، لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، ويحتمل أن يكون من الأول، لأن الولد قد يبقى في بطن أمه إلى سنتين، والأخذ بهذا الاحتمال أولى، لأنه يتضمن حمل أمر المرأة على الصلاح، وأنه واجب ما أمكن ذلك، وهو هنا ممكن لما قلنا من أن الولد قد يبقى في بطن أمه سنتين.

٩٨٨٦ ـ الحالة الثانية:

إن جاءت به لأكثر من سنتين من حين طلّقها الأول، أو مات عنها ولستة أشهر فصاعداً من حين تزوجها الثاني، فنسب الولد يثبت من الثاني، لأنه لا يحتمل أن يكون من الأول إذ الظاهر من حال المسلمة العاقلة أن لا تتزوج وهي في العدّة فيصح نكاح الثاني فيكون الولد مولوداً على فراش صحيح فيثبت نسبه منه.

٩٨٨٧ ـ الحالة الثالثة:

إن جاءت به لأقل من سنتين مذ طلّقها الأول، أو مات عنها ولستة أشهر فصاعداً مذ تزوجها الثاني، فإن نسب الولد يثبت من الأول، لأن النكاح الثاني فاسد لوقوعه في العدّة، ومهما أمكن إحالة نسب المولود إلى الفراش الصحيح كان أولى، وهنا الفراش الصحيح للأول، لأن نكاحه صحيح.

(١١٩٣٨) «البدائع» ج٣، ص٢١٥.

٩٨٨٨ ـ الحالة الرابعة:

وإن جاءت به لأكثر من سنتين مذ طلّقها الأول أو مات عنها ولأقل من ستة أشهر مذ تزوجها الثاني لا يثبت نسب الولد من الأول ولا من الثاني؛ لأن الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين، والمرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، فلا يمكن إلحاق نسب الولد بأحدهما.

المبحث السادس

إثبات الولادة وتعيين شخصية المولود

٩٨٨٩ - تمهيد

قد تلد الزوجة ولداً حال قيام النكاح أو حال عدّتها ، وقد ينفي الزوج نسب الولد منه، فيلاعن فينتفي نسب الولد منه، وقد ينكر الزوج الولادة أصلاً، أو يعترف بولادتها، ولكن ينكر أن هذا المولود هو الذي ولدته زوجته. وقد ينكر الورثة ولادة المعتدة لوفاة زوجها أو ينكرون شخصية المولود أو يعترف بعضهم بالولادة والمولود وينكر الباقون فما الحكم في هذه الحالات من جهة ثبوت نسب الولد؟ وهل يمكن إثبات ما ينكره الزوج أو الورثة من ولادة المرأة وشخصية المولود بشهادة الشهود؟ وما نصاب هذه الشهادة؟ وما صفات الشهود؟ هذا ما نريدذ بيانه في هذا المبحث.

٩٨٩٠ - إثبات الولادة وتعيين المولود بالشهادة:

لا خلاف بين الفقهاء أن الولادة يمكن إثباتها بالشهادة عند إنكارها من قبل الزوج أو الورثة. وكذلك يمكن إثبات شخص المولود بالشهادة عند إنكاره. وإنما الخلاف في نصاب الشهادة وصفات الشهود من جهة الذكورة والأنوثة، وهذا ما نبينه في الفقرات التالية:

٩٨٩١ - شهادة النساء مقبولة:

تقبل شهادة النساء في إثبات الولادة وتعيين شخص المولود، قال الإمام الزهري: «مضت السنّة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن»[١١٩٣٩]، وقال الإمام الخرقي الحنبلي: «ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدّة وما أشبهها شهادة امرأة عدل».

وقال ابن قدامة الحنبلي تعليقاً على قول الخرقي: «لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول

(١١٩٣٩) «المحلى» ج٩، ص٣٩٦.

شهادات النساء المنفردات في الجملة»[11940].

٩٨٩٢ ـ **نصاب شهادة النساء:**

اختلف الفقهاء في نصاب شهادة النساء، ونذكر فيما يلي أقوالهم ثم أدلتهم ثم نبين الراجح منها إن شاء الله تعالى.

٩٨٩٣ ـ **القول الأول: تكفي شهادة المرأة الواحدة:**

وهذا قول الحنابلة والحنفية والزيدية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

أ ـ **من أقوال الحنابلة:** ذكرنا قول الإمام الخرقي الحنبلي في الفقرة السابقة ونضيف إليه قول ابن قدامة الحنبلي: «إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات ـ ومن هذه المواضع الولادة ـ فإنها تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة»[11941].

ب ـ **من أقوال الحنفية:** جاء في «البدائع»: «وإن كذبها الزوج ـ في ادعائها الولادة ـ سواء كانت منكوحته أو معتدته تثبت ولادتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند أصحابنا»[11942].

جـ ـ **من أقوال الزيدية:** جاء في «شرح الأزهار»: «وفيما يتعلق بعورات النساء نحو مالا يطلع الرجال عليه من النساء كأمراض الفروج والولادة، فإنه يقبل فيه امرأة عدلة»[11943].

٩٨٩٤ ـ **القول الثاني: نصاب الشهادة امرأتان:**

وهذا قول المالكية، فقد قال ابن جزي المالكي: «شهادة امرأتين دون رجل، وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء»[11944]. وهذا قول الزهري وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري[11945].

٩٨٩٥ ـ **القول الثالث: نصاب الشهادة ثلاث نسوة:**

وقال عثمان البَتِّي: لا يقبل فيما يقبل فيه النساء منفردات، إلا ثلاث نسوة لا أقل[11946].

٩٨٩٦ ـ **القول الرابع: نصاب الشهادة أربع نسوة:**

(١١٩٤٠) «المغني» ج٩، ص١٥٥.

(١١٩٤١) «المغني» ج٩، ص١٥٦.

(١١٩٤٢) «البدائع» ج٣، ص٢١٥.

(١١٩٤٣) «شرح الأزهار» ج٤، ص١٨٦.

(١١٩٤٤) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي ص٣٣٨.

(١١٩٤٥) «المحلىٰ» لابن حزم ج٩، ص٣٩٩، «المغني» ج٩، ص١٥٦.

(١١٩٤٦) «المحلىٰ» لابن حزم ج٩، ص٣٩٩، «المغني» ج٩، ص١٥٦.

وهذا قول الظاهرية والشافعية والجعفرية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

أ ـ من أقوال الشافعية: جاء في «مغني المحتاج»: «وما يختص بمعرفته النساء أو لا يراه الرجال غالباً كبكارة وولادة وحيض ورضاع وعيوب تحت الثياب، يثبت بما سبق ـ أي برجلين ـ وبأربع نسوة»[١١٩٤٧].

ب ـ من أقوال الظاهرية: فقد قال ابن حزم الظاهري: «ولا تقبل في سائر الحقوق كلّها من الحدود والدماء وما فيه القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال إلا رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان كذلك أو أربع نسوة كذلك..»[١١٩٤٨].

جـ ـ ومن أقوال الجعفرية: «إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة أربع من النساء أو بشهادة أربع نسوة أو بشهادة رجل وامرأتين، أو رجلين، كما لو أنكر تعيين الولد، فإنه يثبت تعيينه بشهادة من ذكر[١١٩٤٩].

ومن أقوالهم أيضاً: «ما يثبت بالرجال والنساء منفردات ومنضمات: الولادة والاستهلال وعيوب النساء الباطنة.. وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع»[١١٩٥٠].

٩٨٩٧ ـ أدلة الأقوال: القول الأول:

استدل الحنفية لمذهبهم وهم من القائلين بكفاية شهادة أمرأة واحدة لاثبات الولادة وتعيين المولود، استدلوا بحديث حذيفة رضي الله عنه، وفيه: أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة على الولادة.

وفي حديث آخر استدل به الحنفية جاء فيه قول النبي ﷺ شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه.

(وجه) الاستدلال بهذا الحديث أن لفظ (النساء) اسم جنس يتناول الواحدة وما زاد عليها، والمعنى فيه أن شهادة المرأة على الولادة، في الحقيقة خبر، فلا يعتبر فيه صفة الذكورة، فلا يعتبر فيه العدد كرواية الأخبار، وهذا لأن النظر إلى الفرج حرام، فلا يحلّ إلا عند تحقق الضرورة، وعند الضرورة نظر الجنس (الإناث) أهون من نظر الذكور، ولما سقطت صفة الذكورة لهذا المعنى سقط أيضاً اعتبار العدد؛ لأن نظر الواحدة أهو من نظر الجماعة[١١٩٥١].

(١١٩٤٧) «مغني المحتاج» ج٤، ص٤٤٢. (١١٩٤٨) «المحلىٰ» ج٩، ص٣٥٦.

(١١٩٤٩) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» للشيخ عبدالكريم المحلي ص٩٠.

(١١٩٥٠) «شرائع الإسلام» ج٤، ص١٣٧. (١١٩٥١) «المبسوط» ج٦، ص٥٠.

ثم إذا ثبت ما قلناه، فإنما يثبت بشهادة المرأة الواحدة الولادة وما هو من ضرورة الولادة وهو عين الولد. وكذلك احتج الحنفية بأن الأصل فيما يقبل فيه قول النساء بانفرادهن أنه لا يشترط فيه العدد منهن، وعلى هذا أصول الشرع كما في رواية الأخبار، أما العدد منهن فإنما يشترط فيما لا يقبل فيه قول النساء بانفرادهنّ[١١٩٥٢].

٩٨٩٨ ـ أدلة القول الثاني:

إن المعتبر في الشهادة العدد والذكورة، وقد سقط اعتبار صفة الذكورة للتعذر فيما لا يطلع عليه إلا النساء فيبقى اشتراط العدد في الشهادة على ظاهره، فلا تقبل شهادة المرأة الواحدة، بل لا بد من امرأتين[١١٩٥٣].

وأيضاً فإن الرجال عند انفرادهم في الشهادة لا يقبل منهم إلا اثنان، فكذلك ينبغي أن يكون الحكم في شهادة النساء عند انفرادهن فلا يقبل في شهادتهن إلا اثنتان[١١٩٥٤].

٩٨٩٩ ـ أدلة القول الثالث:

جاء في «المغني»: «وقال عثمان البتي: يكفي ثلاث نسوة؛ لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة،. كما لو كان معهنّ رجل»[١١٩٥٥].

فدليل هذا القول باشتراطه ثلاث نسوة بقول شهادتين، هو كون لا بد من امرأتين مع الرجل لقبول الشهادة، فكذلك ينبغي أن يكون العدد إذا لم يكن رجل مع المرأتين، وإنما كان مكانه امرأة، وكأنه يقول إذا كان لا بد من شهادة رجل مع شهادة امرأتين حتى تقبل شهادة امرأتين فاشتراط امرأة ثالثة مع المرأتين لقبول شهادتين أولى.

٩٩٠٠ ـ أدلة القول الرابع:

إن الأصل في الشهادة أن الحجة لا تتم بها إلا بشهادة رجلين، والمرأتان تقومان مقام رجل واحد في باب الشهادة بالنص، حتى أن المال لا يثبت إلا بشهادة رجل وامرأتين، وقد تعذر اعتبار صفة الذكورة فيما لا يطلع عليه الرجال فسقط للضرورة، وبقي ما سواه على الأصل، فيشترط شهادة الأربع ليكون ذلك في معنى شهادة رجلين.

ودليل كونه شهادة، أي دليل كون ما تخبر به النساء من شأن الولادة هو شهادة، اشتراط

(١١٩٥٢) «البدائع» ج٣، ص٢١٦.
(١١٩٥٣) «المبسوط» ج٦، ص٤٩.
(١١٩٥٤) «المغني» ج٩، ص١٥٦.
(١١٩٥٥) «المغني» ج٩، ص١٥٦.

الحرية ولفظ الشهادة في هذا الاخبار، فإذن هو شهادة على الولادة[11956]، كما احتجوا بحديث ينسبونه إلى رسول الله ﷺ وهو: «شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد»[11957].

٩٩٠١ ـ القول الراجح:

والراجح قبول شهادة المرأة الواحدة على إثبات الولادة وتعيين المولود لما احتج به الحنفية، ونضيف إلى ما احتجوا به أن الثابت عن رسول الله ﷺ أنه أخذ بشهادة امرأة واحدة في ثبوت الرضاعة[11958]. وإذا ثبتت الرضاعة بشهادة امرأة واحدة، والرضاعة مما يمكن أن يطلع عليها الرجال من حيث الجملة، فثبوت الولادة وهي مما لا يطلع عليها غير النساء عادة بشهادة امرأة واحدة أولى.

أما الاحتجاج بالحديث النبوي الذي فيه «شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد» فهذا يرد عليه أن هذا في الموضع الذي تشهد فيه المرأة مع الرجل[11959].

٩٩٠٢ ـ ثبوت عين المولود بشهادة امرأة واحدة:

وإذ قدر رجحنا ثبوت الولادة بشهادة امرأة واحدة وهي القابلة عادة، وغالباً فإنه بشهادتها تثبت أيضاً شخصية المولود ـ أي عينه ـ فقد جاء في «المبسوط» للسرخسي: «وإذا ثبتت الولادة بشهادة المرأة الواحدة يثبت ما هو من ضرورة الولادة وهي عين الولد ـ أي ذات المولود وشخصه ـ»[11960].

وقال الإمام الكاساني: «وإنما الثابت بشهادتها ـ أي شهادة القابلة ـ الولادة وتعيين الذي ولدته»[11961].

٩٩٠٣ ـ شهادة رجل واحد على الولادة:

وإذا كانت شهادة امرأة واحدة تكفي لإثبات الولادة وإثبات ما هو ضرورتها وهو تعين المولود على ما ذكرنا ورجحنا، فهل يثبت ذلك بشهادة رجل واحد؟ قال أبو الخطاب من الحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية يثبت ذلك بشهادة رجل واحد، ففي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فإن شهد الرجل بذلك أي في الموضع الذي تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة كالولادة ـ فقال أبو الخطاب: تقبل شهادته وحده لأنه أكمل من المرأة، فإذا اكتفي بها وحدها فلأن يكتفى به أولى؛

(١١٩٥٦) «المبسوط» ج٦، ص١٤٩.
(١١٩٥٧) «المغني» ج٩، ص١٥٧.
(١١٩٥٨) «وقد ذكرنا هذا من قبل، انظر الفقرة ٦٢٩٤.
(١١٩٥٩) «المغني» ج٩، ص١٥٧.
(١١٩٦٠) «المبسوط» ج٦، ص٥٠.
(١١٩٦١) «البدائع» ج٣، ص٢١٦.

ولأن ما قُبِلَ فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية»[11962].

وفي «فتح القدير» في فقه الحنفية: «وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما ـ أي عند أبي يوسف ومحمد ـ؟ قيل: نعم، ولا يفسق»[11963].

٩٩٠٤ ـ شهادة الطبيب المولد على الولادة:

وإذا قام الطبيب بتوليد المرأة للضرورة لعدم وجود طبيبة ولا امرأة مولدة أو وجدت وتعذر عليها توليدها، فإن شهادة هذا الطبيب على الولادة وعين المولود مقبولة، فتثبت بها الولادة، كما يثبت بها عين المولود، بناء على قول أبي الخطاب من الحنابلة، وقول أبي يوسف ومحمد من الحنفية.

٩٩٠٥ ـ ادّعاء الزوجة الولادة حال قيام النكاح:

أ ـ إذا صدَّقها الزوج أو سكت:

إذا ادّعت الزوجة أنها ولدت هذا الولد فصدّقها الزوج أو سكت دون تصديق لها أو إنكار ثبتت ولادتها وثبت نسب الولد من الزوج؛ إن النسب منه يثبت بالفراش، وفراش الزوجية قائم بقيام النكاح، والولد للفراش كما جاء في حديث رسول الله ﷺ[11964].

٩٩٠٦ ـ ب: إذا كذَّبها الزوج:

وإن كذّبها الزوج بادّعائها الولادة أو بتعين الولد الذي تدعي ولادته، فإن ولادتها لهذا الولد تثبت بشهادة امرأة واحدة ثقة، ويثبت نسب الولد منه حتى لو نفاه وجب عليه أن يلاعن؛ لأن نسب الولد يثبت بالنكاح القائم، لا بشهادة القابلة، لأن الثابت بشهادة القابلة هو الولادة وتعيّن المولود الذي ولدته وليس الثابت بشهادتها ثبوت نسبه من الزوج[11965].

٩٩٠٧ ـ جـ ـ إن اعترف الزوج بالولادة وأنكر المولود:

وان اعترف الزوج بولادة زوجته وأنكر أن يكون هذا هو المولود الذي تدعي ولادته، كما لو قال إنها ولدت أنثى وهذا الذي تدعي ولادته ذكر، أو أنها ولدت ذكراً ولكن ليس هو الولد الذكر الذي تدعي ولادته، فإن تعيّن المولود الذي ولدته الزوجة يثبت بشهادة امرأة ثقة كالقابلة التي

(١١٩٦٢) «المغني» ج٩، ص١٥٧.

(١١٩٦٣) «فتح القدير» ج٣، ص٣٠.

(١١٩٦٤) «المبسوط» ج٦، ص٤٩، «الهداية» ج٣، ص٣٠٨، «البدائع» ج٣، ص٢١٥.

(١١٩٦٥) «البدائع» ج٣، ص٢١٥.

ولّدت الزوجة، وبهذا صرّح الحنفية والحنابلة[١١٩٦٦].

٩٩٠٨ ـ ادعاء المطلقة الولادة في عدّتها[١١٩٦٧]:

أولاً: في حالة إنكار الزوج:

تثبت ولادة معتدة الطلاق ويتعين مولودها الذي ولدته في عدّتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند إنكار الزوج، وبهذا صرّح الحنابلة، فقد قالوا: «ومن قال عن ولد بيد زوجته أو بيد مطلقته: ما هذا ولدي، ولا ولدتيهِ، بل التقطتيه أو استعرتيه، فإن شهدت امرأة مرضية بولادتها له لحقه نسبه»[١١٩٦٨].

٩٩٠٩ ـ وعند الحنفية اختلاف في هذه المسألة[١١٩٦٩]، فقد قالوا: إذا ولدت معتدة الطلاق ولداً، وجحد الزوج الولادة لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة، إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر، يعرفه كل أحد، أو اعتراف من الزوج بالحبل، فإنه في هذه الحالة تثبت ولادتها ويثبت نسب ولدها من غير شهادة، أي يثبت بقولها أنها ولدت. وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة.

(وجه) قولهما أن النكاح بعد الطلاق يعتبر قائماً بقيام العدّة، فيعتبر الفراش ـ فراش الزوجية ـ قائماً في حق نسب الولد فلا حاجة إلى ما يثبت به نسبه كما هو الحكم حال قيام النكاح قبل الطلاق، وإنما لحاجة إلى إثبات الولادة وتعيّن المولود عند إنكار الزوج ذلك، وهذا يثبت بشهادة المرأة الواحدة كالقابلة كما في حال قيام النكاح.

(وجه قول أبي حنيفة) أن فراش الزوجية لا يبقى بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع علائقه بانقضاء العدّة بولادتها التي تدعيها وتقربها فتصير أجنبية، لزوال الفراش بالكلية، والفراش المنقضي لا يصلح حجة مؤيدة للحجة الضعيفة، وهي شهادة المرأة الواحدة، فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء لصيرورة المرأة أجنبية بعد الولادة كما قلنا، وإثبات نسب ولد الأجنبية لا يكون بشهادة المرأة الواحدة، وإنما يكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

(١١٩٦٦) «رد المختار» ج٣، ص٥٤٥، «شرح منتهىٰ الإرادات» ج٣، ص٣١٩ـ٣٢٠.

(١١٩٦٧) ومثل معتدة الطلاق المعتدة بأية فرقة من فرق النكاح الصحيح في حياة الزوجين مثل فرقة الإيلاء وخيار العتق وغيرها. ويلحق بالمعتدة بفرقة الطلاق ونحوه في النكاح الصحيح، المعتدة بالمتاركة أو بتفريق القاضي في النكاح الفاسد، وكذلك المعتدة من الوطىء بشبهة.

(١١٩٦٨) «شرح منتهىٰ الإرادات» ج٣، ص٣١٩ـ٣٢٠.

(١١٩٦٩) «الهداية» و«فتح القدير» ج٣، ص٣٠٦ـ٣٠٧، «الدر المختار وردّ المحتار» ج٣، ص٥٤٤ـ٥٤٥.

ولكن في حالة إقرار الزوج بحبل معتدته أو إذا كان حبلها ظاهراً، فالقول قولها في إثبات الولادة، وإن لم تشهد بذلك القابلة، لأنه بإقرار الزوج بالحبل، أو لكون الحبل ظاهراً فإن نسب الولد يكون ثابتاً قبل الولادة لقيام النكاح، أو لاعتباره قائماً بقيام العدّة، فلا نحتاج إلى إثباته وإنما الحاجة إلى تعيين الولد الذي ولدته، وذلك يثبت بشهادة امرأة واحدة كالقابلة(١١٩٧٠).

٩٩١٠ ـ ثانياً: في حالة اعتراف الزوج بالولادة وإنكاره المولود:

وإذا اعترف الزوج بولادة معتدته وأنكر تعيين المولود ـ أي أنكر أنه هو الولد الذي ولدته ـ، فإن المولود يتعين بشهادة امرأة واحدة كالقابلة، ولا يثبت تعينه بدون هذه الشهادة اجماعاً(١١٩٧١).

٩٩١١ ـ ادّعاء معتدة الوفاة الولادة:

إذا ادّعت معتدة الوفاة الولادة وأنها ولدت هذا المولود فصدّقها الورثة أو بعضهم أو أنكروا جميعاً ذلك، فما حكم ذلك بالنسبة لنسب الولد، وهل يمكن للمرأة أن تثبت ولادتها وتعين مولودها بشهادة امرأة واحدة كالقابلة؟

والجواب في هذه المسألة حالات، ولكل حالة حكمها، وهذا ما نبيِّنه فيما يلي:

٩٩١٢ ـ الحالة الأولى: ادّعت الولادة وأنكرها الورثة:

إذا ولدت معتدّة الوفاة ولداً خلال مدّة الحمل المعتبرة من وقت وفاة زوجها، وأنكر الورثة ولادتها، وادّعتها هي، فإن لم يكن الزوج قد أقرّ قبل وفاته بالحبل، ولا كان الحبل ظاهراً، فلا يثبت نسب المولود إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وعند أبي يوسف ومحمد يثبت بشهادة القابلة.

(١١٩٧٠) ويلاحظ هنا أن ما ذكرناه من اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبه بشأن ولادة المعتدة من طلاق، يشمل المعتدة من طلق رجعي وبائن كما أشار إلىٰ ذلك صاحب فتح القدير نظراً لما يدل عليه إطلاق قول الهداية. ولكن جاء هو في ولادة معتدة الطلاق البائن لا الرجعي، ومعنىٰ هذا أنهم متفقون علىٰ ثبوت الولادة بالنسبة لمعتدة البائن لا الرجعي، ومعنىٰ هذا أنهم. متفقون علىٰ ثبوت الولادة بالنسبة لمعتدة الطلاق الرجعي بشهادة المرأة الواحدة فقد جاء في «المبسوط» للسرخسي: «ولو أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً أو تطليقة بائنة ثم جاءت بولد بعد الطلاق بسنتين أو أقل وشهدت امرأة علىٰ الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ما لم يشهد رجلان أو رجل وامرأتان، ويلزمه النسب في قولهما بشهادة امرأة واحدة»: «المبسوط» للسرخسي ج٦، ص٤٥٠.

(١١٩٧١) «رد المحتار» ج٣، ص٥٤٥.

(وجه قولهما): أن النكاح يعتبر قائماً بعد الوفاة بقيام عدّة الوفاة، فلا حاجة إلى ما يثبت النسب كما هو الحال في حال قيام النكاح، وإنما الحاجة إلى اثبات الولادة وتعيين المولود، وذلك يثبت بشهادة القابلة كما في حال قيام النكاح.

(وجه قول أبي حنيفة): إن النكاح لا يمكن اعتباره قائماً بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع علائقه بانقضاء العدّة بالولادة، فتصير أجنبية، فلا يجوز إثبات الولادة بشهادة القابلة؛ لأن ذلك يعتبر حكماً بثبوت النسب لولد الأجنبية بشهادة امرأة واحدة، وهذا لا يجوز. فلا بدّ لثبوته من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين[11972].

٩٩١٣ - الحالة الثانية: إذا أقرّ الزوج بالحبل قبل وفاته:

وإذا ادّعت معتدة الوفاة الولادة ولم يصدقها أحد من الورثة بادعائها، وكان الزوج قبل وفاته قد أقرّ بالحبل - حبل زوجته - أو كان الحبل ظاهراً، فإن الولادة تثبت بمجرد قولها ولدت، دون حاجة إلى شهادة القابلة، أو غيرها. وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد لا تثبت الولادة من غير شهادة القابلة أو امرأة ثقة[11973].

٩٩١٤ - الحالة الثالثة: ادّعت الولادة وصدّقها الورثة:

إذا ادّعت معتدة الوفاة الولادة وصدّقها الورثة بادعائها الولادة وأنها ولدت هذا المولود فإن نسب الولد يثبت بتصديقهم. وثبوت نسبه بتصديقهم هو من قبيل الشهادة عند بعضهم، وعند البعض الآخر من قبيل الإقرار. فمن اعتبر تصديقهم من قبيل الشهادة اشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس الحكم ونصاب الشهادة وهو أن يكون الورثة المصدقون للمعتدة رجلين أو رجلاً وامرأتين في الأقل، وعلى هذا إذا صدّقها بعض الورثة وكذبها البعض الآخر، فإن صدّقها رجلان أو رجل وامرأتان ثبت نسب الولد في حق جميع الورثة، وفي حق غيرهم؛ لأن الشهادة حجة مطلقة فكانت حجة على الكل.

ومن اعتبر تصديق الورثة من قبيل الإقرار، قال يثبت نسبه إذا صدّقها جميع الورثة ولا يشترط في تصديقهم لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم ولا ذكورة الورثة ولا أنوثتهم. فإذا صدّقها بعض الورثة وجحد الباقون ولم يصدقوها ثبت نسبه في حق المصدقين وشاركهم الولد في نصيبهم من الميراث، ولم يثبت نسبه في حق غيرهم، لأن إقرارهم حجة في حقهم لا في حق غيرهم[11974].

(١١٩٧٢) «البدائع» ج٣، ص٢١٦-٢١٧، «المبسوط» للسرخسي ج٦، ص٤٨.

(١١٩٧٣) «البدائع» ج٣، ص٢١٧.

(١١٩٧٤) «البدائع» ج٣، ص٢١٦-٢١٧، «المبسوط» ج٦، ص٤٨، ويبدو لي أن نسب الولد وإن لم يثبت في

٩٩١٥ ـ الحالة الرابعة: صدَّقها الورثة بالولادة وأنكروا المولود:

وإذا صدّق الورثة معتدة الوفاة بادعائها الولادة، ولكنهم أنكروا تعيين المولود، أي أنكروا أنها ولدت هذا المولود الذي تدعي هي ولادته، ففي هذه الحالة يثبت تعينه بشهادة القابلة إجماعاً عند الحنفية بلا خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه[١١٩٧٥].

حق الورثة الذين لم يصدقوا المعتدة بولادتها وإنما يثبت النسب في حق من صدقها، فإن هذا الحكم بالنسبة للميراث، وعليه فأرى أن نسب الولد يثبت في حق غير الورثة لتصديق بعضهم ولادعاء المعتدة بالولادة ولأن النسب يحتاط في ثبوته رعاية للولد.

(١١٩٧٥) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٥.

المبحث السابع

نسب ولد الزنى

٩٩٢١٦ ـ الولد للفراش وللعاهر الحجر:

جاء في الحديث النبوي الشريف الذي أخرجه الإمام مسلم أن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وقال الإمام النووي: العاهر هو الزاني، ومعنى «وللعاهر الحجر» أي له الخيبة ولا حقَّ له في الولد. وعادة العرب أن تقول: له الحجر، يريدون بذلك ليس له إلا الخيبة(١١٩٧٦).

٩٩١٧ ـ لا يثبت نسب الولد من الزنى:

وبناء على الحديث النبوي الشريف: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» قال الفقهاء بعدم ثبوت نسب الولد من الزنى، أي لا يثبت نسبه من الواطىء الزاني، ولا يلحق به وبذلك قال الفقهاء(١١٩٧٧).

٩٩١٨ ـ من أقوال الفقهاء في عدم نسب الولد من الزنى:

أولاً: قال ابن حزم الظاهري: «نفى ﷺ أولاد الزنى جملة بقوله عليه الصلاة والسلام «وللعاهر الحجر» فالعاهر ـ أي الزاني ـ عليه الحدّ فلا يحلق به الولد، والولد يلحق بالمرأة إذا أتت به، ولا يلحق بالرجل، ويرث أمه وترثه، لأنه عليه الصلاة والسلام ألحق الولد بالمرأة في اللعان ونفاه عن الرجل»(١١٩٧٨).

ثانياً: ومن فقه المالكية: «إن ماء الزاني فاسد، ولذا لا يلحق به الولد»(١١٩٧٩).

(١١٩٧٦) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٣٧.

(١١٩٧٧) «المغني» ج٦، ص٢٦٦، ٤٥٦، «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٣٢٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٨، «الشرح الصغير» للدردير ج١٠، ص٣٢٢، وج١١، ص٢٤٦-٢٤٧، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨١ و٣٤١، «المختصر النافع» ص١١٧، «منهاج الصالحين» ج٢، ص١٥٨.

(١١٩٧٨) «المحلىٰ» ج١٠، ص٣٢٢.

(١١٩٧٩) «الشرح الصغير» للدردير ج١، ص٣٧٨.

ثالثاً: من فقه الحنفية «أقرَّ أنه زنى بامرأة حرّة وأن هذا الولد ابنه من الزنى وصدقته المرأة فإن النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا فراش للزاني، وقد جعل رسول الله ﷺ حظ الزاني الحجر فقط، والمراد هنا أنه لا حظَّ للعاهر من النسب..»[11980].

٩٩١٩ ـ الولد من الزنى يلحق بالمرأة الزانية:

والولد من الزنى لا يلحق بالرجل الزاني كما ذكرنا، ولكن يلحق بالمرأة الزانية التي ولدته إذا ثبت ولادتها له، فقد جاء في «المبسوط» للسرخسي: «أقرَّ أنه زنى بامرأة حرّة وإن هذا الولد ابنه من الزنى وصدقته المرأة، فإن النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا فراش للزاني.. فإن شهدت القابلة ـ أي شهدت بولادتها ـ ثبت بذلك نسب الـولد من المرأة دون الرجل، لأن ثبوت النسب منها بالولادة وذلك يظهر بشهادة القابلة؛ لأن انفصال الولد عنها معاين فلهذا ثبت النسب منها»[11981].

٩٩٢٠ ـ زواج الزاني بمزنيته وأثره في نسب الولد:

جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «ولو زنى بامرأة فحملت ثم تزوجها فولدت، إن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ثبت نسبه منه. وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه إلّا أن يدعيه ـ أي يدعي أن هذا الولد ابنه ـ ولم يقل أنه من الزنى. أما إن قال إنه مني من الزنى فلا يثبت نسبه ولا يرث منه»[11982].

٩٩٢١ ـ استلحاق الزاني ولده من الزنى:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولد الملاعنة يلحق الملاعن إذا استلحقه، وولد الزنى لا يلحق الزاني ـ أي لا يلحق الزاني ولد الزنى إذا استلحقه ـ في قول الجمهور، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطىء إذا أقيم عليه الحدّ ويرثه. وقال إبراهيم: يلحقه إذا جلد الحدّ أو ملك الموطوءة.

وقال اسحاق: يلحقه، وذكر عن عروة وسليمان بن يسار ونحوه. وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها، والولد ولد له. وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه، وإنما

(١١٩٨٠) «المبسوط» ج٧، ص١٥٤.

(١١٩٨١) «المبسوط» ج٧، ص١٥٤.

(١١٩٨٢) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٤٠.

الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش.

ثم قال ابن قدامة رحمه الله: (ولنا) قول النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»؛ ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمة فراشاً، أو كما لو لم يجلد الحدّ عند من اعتبره»[11983].

٩٩٢٢ ـ قول شيخ الإسلام ابن تيمية:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وإن استلحق ولده من الزنى ولا فراش، لحقه. وهو مذهب الحسن وابن سيرين والنخعي وإسحاق»[11984].

٩٩٢٣ ـ تعقيب على قول ابن قدامة وابن تيمية:

أولاً: ما ذكره ابن قدامة عن أبي حنيفة يحمل على أن مراد أبي حنيفة رحمه الله أن الزوج يدّعي الولد الذي حملت به المرأة من الزنى قبل أن يتزوجها ولا يقول إنه من الزنى، وبهذا يتفق وما جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية حيث جاء فيها: «ولو زنى بامرأة فحملت ثم تزوجها فولدت، إن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ثبت نسبه منه. وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه إلا أن يدعيه ـ أي يدعي أنه ولده ـ ولم يقل إنه من الزنى، أما إن قال إنه مني من الزنى، فلا يثبت نسبه ولا يرث منه»[11985].

ثانياً: الظاهر أن من أجاز ثبوت نسب ولد الزنى بالزاني بالاستلحاق إنما أجازه إذا لم يصرّح بأن هذا الولد منه من الزنى. وبهذا التوجيه يتفق قول المجيزين استلحاق ولد الزنى وثبوت نسبه من الزاني مع قول الحنفية الذي نقلناه عنهم من «الفتاوى الهندية» وهو أن نسب ولد الزنى يثبت من الزاني بأن يدعيه دون أن يصرّح بأنه ولده من الزنى.

أما إذا قال إنه من الزنى فلا قيمة لهذا الاستلحاق ولا يثبت به نسب الولد.

ثالثاً: إذا لم يستلحق الزاني ولده من الزنى لم يلحقه لأنه فراش له، وهذا ما أشار إليه ابن قدامة، وهو الظاهر من قوله حيث قال في ردّه على من أجاز استلحاق ولد الزنى إذ قال: «ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال»[11986].

(١١٩٨٣) «المغني» ج٦، ص٢٦٦.

(١١٩٨٤) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام» ابن تيمية ص٢٧٨.

(١١٩٨٥) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٤٠.

(١١٩٨٦) «المغني» ج٦، ص٢٦٦.

٩٩٢٤ ـ القول الراجح :

والراجح أن ولد الزنى لا يثبت نسبه من الزاني سواء تزوج بمزنيته وهي حامل فجاءت بولد لأقل من ستة شهر من وقت عقد النكاح، أو لم يتزوجها، وجاءت بولد، ولكن إذا استلحقه بأن ادّعاه ولم يقل إنه ولده من الزنى، فإنه يثبت نسبه منه في أحكام الدنيا، وكذلك لو تزوج بمزنيته وهي حامل منه من الزنى فجاءت بولد لأقل من أدنى مدّة الحمل وسكت أو ادّعاه ولم يقل إنه من الزنى، فإن نسبه يثبت في أحكام الدنيا.

المبحث الثامن

نسب المولود بغير جماع وبالتلقيح الصناعي

٩٩٢٥ ـ تمهيد ومنهج البحث:

قد تحمل المرأة بغير جماع أي بلا وطء من قبل الرجل، ثم تضع حملها فما نسب هذا الذي وضعته؟ وقد يحصل جمع ماء الرجل وماء المرأة فينشأ منهما ـ بخلق الله وإيجاده ـ ولد فما نسب هذا الولد وأمثاله الذين وجدوا بهذه الطريقة المسماة «التلقيح الصناعي» ويسمون هم بـ «أطفال أو أولاد الأنابيب»؟ هذا ما نريد بيانه في هذا المبحث، وعلى هذا نقسمه إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول ـ نسب المولود بغير جماع.
المطلب الثاني ـ نسب المولودين بالتلقيح الصناعي.

المطلـب الأول

نسب المولود بغير جماع

٩٩٢٦ ـ الجماع هو الوسيلة لتكوين الجنين:

الجماع، أي وطء الرجل زوجته وما يترتب على ذلك من قذف الرجل ماءه في رحم زوجته واختلاطه بمائها، هو الوسيلة لتكوين الجنين وخلقه في بطن أمه بمشيئة الله وقدرته. ويبقى هذا الجنين في بطن أمه مدّة الحمل التي قدرها الله تعالى ثم تضعه ولداً سوياً ذكراً أو أنثى كما شاء الله تعالى وقدر، وعلى هذا دلّ القرآن الكريم في آيات كثيرة.

٩٩٢٧ ـ بعض آيات القرآن في تكوين الجنين:

أ ـ قال تعالى: ﴿فلينظُر الإنسانُ مِمَّ خُلِقَ. خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دافقٍ يخرجُ مِنْ بينِ الصُّلبِ والتَّرائبِ. .﴾(١١٩٨٧)، وجاء في تفسير هذه الآيات: ﴿مِنْ ماءٍ دافقٍ﴾ أي مصبوب في رحم المرأة.

(١١٩٨٧) [سورة الطارق، الآيات من ٥ـ٧].

والمقصود بالماء: المني، ويراد به مع مائين: ماء الرجل وماء المرأة؛ لأن الإنسان مخلوق منهما، ولكن جعلهما ماءً واحداً لامتزاجهما.. وهذا الماء يخرج من بين الصلب أي الظهر والترائب أي الصدر، والصلب هنا صلب الرجل، والترائب ترائب المرأة(١١٩٨٨).

ب ـ وقال تعالى: ﴿إنَّا خَلقنا الإنسانَ مِنْ نُطفةٍ أمْشاجٍ نَبْتَلَيهِ﴾(١١٩٨٩). أي خلقنا ابن آدم من نطفة، أي من ماء، وهو المني، وكل ماء قليل في وعاء فهو نطفة. ﴿أمشاج﴾ أي أخلاط: ماء الرجل وماء المرأة(١١٩٩٠). وتستقر هذه النطفة في رحم المرأة وهو القرار المكين، حيث تمر بأطوار الخلق التي قدرها الله لتكوين الجنين الذي تحمله المرأة إلى حين وضعه وولادته، قال تعالى: ﴿ولقد خلقنَا الإنسانَ مِنْ سلالةٍ مِنْ طين. ثمَّ جعلناهُ نطفة في قرارٍ مكين ثم خلقْنَا النطفةَ علقةً فخلقْنا العلقةَ مضغةً فخلقنَا المضغةَ عِظاماً فكسونا العظامَ لحماً ثمَّ أنشأناه خلقاً آخر فتباركَ الله أحسنَ الخالِقين﴾(١١٩٩١).

٩٩٢٨ ـ قد يحصل حمل من غير جماع:

هذا وقد يحصل حمل عند المرأة من غير جماع، أي من غير وطء الرجل زوجته، وقد ذكر الفقهاء ذلك، وبيَّنوا ما يترتب عليه من أحكام، كما بيَّنوا كيفية حصول الحمل من غير الطريق المألوف: طريق الجماع. ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

٩٩٢٩ ـ من أقوال الفقهاء في حمل المرأة بغير جماع:

أولاً: جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإنما تجب العدّة إذا حصلت الفرقة بعد وطء.. أو الفرقة بعد استدخال منيه، أي منيّ الزوج؛ لأنه أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج، ولا بد أن يكون المنيّ محترماً حال الإنزال، وحال الإدخال، فقد حكى الماوردي عن الأصحاب أن شرط وجوب العدّة بالاستدخال أن يوجد الإنزال والاستدخال معاً في حال الزوجية(١١٩٩٢).

ثانياً: جاء في «الدر المختار» في فقه الحنفية: «أدخلت منيه في فرجها، هل تعتد؟ في «البحر» ـ من كتب الحنفية ـ نعم لاحتياجها لتعرف براءة الرحم».

قال ابن عابدين تعليقاً على عبارة: «أدخلت منيه في فرجها» أي أدخلت مني زوجها في

(١١٩٨٨) «تفسير القرطبي» ج٢، ص٤ـ٥.

(١١٩٨٩) [سورة الدهر، الآية:٢].

(١١٩٩٠) «تفسير القرطبي» ج١٩، ص١٢٠.

(١١٩٩١) [سورة المؤمنون، الآيات من ١٢ـ١٤].

(١١٩٩٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

فرجها من غير خلوة ولا دخول.

قال صاحب «البحر»: ولم أرَ حكم ما إذا أدخلت منيّه في فرجها ثم طلّقها من غير إيلاج في قبلها.

وفي تحرير الشافعية وجوبها ـ أي وجوب العدّة ـ ولا بدّ أن يحكم على أهل المذهب به ـ أي مذهب الحنفية ـ لأن إدخال المني يحتاج إلى تعرُّف براءة الرحم أكثر من مجرد الإيلاج.

وعن «البحر عن المحيط» ـ من كتب الحنفية أيضاً ـ ما نصّه: إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنـزل فأخذت الجارية ماءه في شيء فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت فالولد منه والجارية أم ولد منه»[11993].

ثالثاً: وفي «رد المحتار» أيضاً: «وما في كتب الشافعية: إذا أدخلت منياً فرجها ظنته منيَّ زوج أو سيد فعليها العدّة كالموطوءة بشبهة. قال في «البحر» ولم أره لأصحابنا والقواعد لا تأباه؛ لأن وجوبها لتعرف براءة الرحم»[11994].

٩٩٣٠ ـ حكم ادخال المرأة ماء زوجها في فرجها:

وإذا أدخلت الزوجة ماء زوجها ـ أي المنيّ ـ في فرجها فهل تأثم بهذا الإدخال باعتبار أن فعلها محرّم؟ أم لا تأثم باعتبار أن فعلها مباح؟ والجواب لا إثم ولا حرج على الزوجة إذا أدخلت منيَّ زوجها في فرجها، لأنها فراشه ويحل له وطؤها وقذف مائه في فرجها، فهي لم تفعل أكثر من إدخال ماء مباح لها إدخاله في فرجها، ولهذا اشترط الشافعية الذين نقلنا قولهم أن يكون المنيّ الذي تدخله المرأة في فرجها منياً محترماً أي مني زوجها في حال قيام الزوجية، ومعنى ذلك حرمة ادخال المرأة مني الأجنبي عنها في فرجها.

٩٩٣١ ـ استئذان الزوجة زوجها في ادخال منيه في فرجها:

ولكن هل يشترط لرفع الإثم عن الزوجة بسبب إدخالها مني زوجها في فرجها أن تستأذنه في ذلك، أم ليس هذا بشرط لرفع الإثم عنها؟ لم أرَ قولاً للفقهاء في هذا الأمر، والظاهر لي أن هذا ليس بشرط لرفع الإثم عنها، ولكن الأولى لها أن تستأذن زوجها في ذلك لرفع التهمة عنها فيما إذا حملت من ماء زوجها الذي تحملته واتفق أنه لم يطأها حتى ظهور حملها.

(١١٩٩٣) «الدر المختار ورد المحتار» لابن عابدين، ج٣، ص٥٢٨.

(١١٩٩٤) «رد المحتار» لابن عابدين ج٣، ص٥١٧.

٩٩٣٢ ـ ماذا يترتب على إدخال المرأة منيّ زوجها في فرجها:

أولاً: وجوب العدّة:

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ولم يحصل دخول، ولكنَّ الزوجة أدخلت منيّ زوجها في فرجها، فالعدّة تجب. فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «قال ابن حمدان: إن كان ماء زوجها ـ أي الذي تحملته ـ اعتدّت»[(١١٩٩٥)].

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإنما تجب العدّة إذا حصلت الفرقة بعد وطء.. أو الفرقة بعد استدخال منيّه ـ أي منيّ الزوج..»[(١١٩٩٦)].

وفي «الدّر المختار» في فقه الحنفية: «أدخلت منيّه في فرجها، هل تعتد؟ في «البحر» ـ من كتب الحنفية ـ نعم لاحتياجها لتعرف براءة الرحم»[(١١٩٩٧)].

٩٩٣٣ ـ ثانياً: ثبوت النسب:

وإذا حملت الزوجة من ماء الزوج الذي أدخلته فرجها فإن هذا الحمل بعد ولادته يثبت نسبه من الزوج؛ لأنَّه تكوّن من مائه في رحم زوجته فيلحق به، جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وقال في «المبدع» فيما يلحق من النسب: إذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه»[(١١٩٩٨)].

وفي «ردّ المحتار» لابن عابدين في فقه الحنفية: «وعن «البحر» وعن «المحيط» ما نصّه: إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزلت، فأخذت الجارية ماءه في شيء فاستدخلته فرجها، فعلقت الجارية وولدت، فالولد منه والجارية أم ولد له»[(١١٩٩٩)]. ومعنى ذلك أن الحنفية يرون ثبوت نسب الولد المتولد من ماء الزوج الذي أدخلته الزوجة فرجها.

٩٩٣٤ ـ حكم إدخال المرأة ماء غير زوجها في فرجها:

أولاً: هذا الإدخال حرام:

هذا الإدخال حرام؛ لأنه مني أجنبي عنها، جاء في «كشّاف القناع»: «إذا تحملت ماء

(١١٩٩٥) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٥٨ـ٢٥٩.

(١١٩٩٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

(١١٩٩٧) «الدر المختار» ج٣، ص٥٢٨.

(١١٩٩٨) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٥٨ـ٢٥٩.

(١١٩٩٩) «رد المحتار على الدر المختار» ج٣، ص٥٢٨.

زوجها لحقه نسب من ولدته منه، فإن كان حراماً ـ أي الماء الذي تحملته كماء الأجنبي، فلا نسب»[12000] .

٩٩٣٥ ـ ثانياً: عدم ثبوت النسب:

وإذا حملت المرأة من ماء الأجنبي الذي أدخلته فرجها، فلا يثبت نسب هذا الحمل من الزوج ولا يلحق به بعد وضعه، جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: « وقال في «المبدع» ـ من كتب فقه الحنابلة ـ فيما يلحق من النسب: إذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه. فإن كان حراماً ـ أي الماء الذي تحملته كماء الأجنبي ـ أو ماء ظنّته ماء زوجها، فلا نسب»[12001] .

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية في حكم ما تدخله الزوجة من ماء زوجها أو من أجنبي عنها: «شرط وجوب العدّة بالاستدخال أن يوجد الإنزال والاستدخال معاً في حال الزوجية. . ثم أبانها واستدخلته، ثم لم تجب العدّة ولم يلحقه الولد»[12002]. أي أنه لو طلّق زوجته بائناً ثم أدخلت هذه المطلقة بائناً ماء زوجها الذي طلّقها، ثم حملت من هذا الماء، فالولد الذي تضعه لا يلحق به ـ أي لا يثبت نسبه من زوجها المطلّق؛ لأن الولد تكوّن من ماء أجنبي عن المرأة؛ لأنه بعد أن طلّقها بائناً صار أجنبياً منها.

المطلب الثاني

نسب المولود بالتلقيح الصناعي

٩٩٣٦ ـ المقصود بالتلقيح الصناعي:

المقصود بالتلقيح الصناعي في بحثنا إنجاب الأولاد بغير الطريق الطبيعي المعتاد الذي بيّناه وهو الاتصال الجنسي بين الزوجين ـ أي بالجماع ـ وإنما يكون إنجاب الأولاد بما يعرف الآن بـ «التلقيح الصناعي»، والأولاد الذين يولدون بهذا الطريق يعرفون أو يسمون بـ «أطفال الأنابيب» باعتبار أن تلقيح بويضة الأنثى بمني الرجل يتم داخل الأنابيب. وللتلقيح الصناعي صور أو طرق متعددة نذكرها فيما يلي ثم نبيّن حكمها.

(١٢٠٠٠) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٥٨ـ٢٥٩.

(١٢٠٠١) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٥٨ـ٢٥٩.

(١٢٠٠٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤.

٩٩٣٧ ـ طرق التلقيح الصناعي لإيجاد الأولاد[١٢٠٠٣]:

أولاً: يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبييضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

ثانياً: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبييضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

ثالثاً: أن يجري تلقيح خارجي بين منيّ من الزوج وبييضة مأخوذة من الزوجة، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

رابعاً: أن يجري تلقيح خارجي بين نطفة من رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

خامساً: أن يجري تلقيح خارجي بين نطفة الزوج وبييضة من الزوجة، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى لهذا الزوج، لأن له زوجتين.

سادساً: أن تؤخذ نطفة من الزوج وبييضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

سابعاً: أن تؤخذ نطفة الزوج وتُحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها لتُلقح تلقيحاً داخلياً.

٩٩٣٨ ـ حكم الشرع في طرق التلقيح الصناعي:

قرّر مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث في عمان من ٨ـ١٢ صفر سنة ١٤٠٧هـ، بشأن هذه الطرق ـ طرق التلقيح الصناعي ـ ما يأتي:

إن الطرق الخمسة الأولى كلّها محرّمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأُمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

أما الطريقان السادس والسابع، فقد رأى مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة والله أعلم»[١٢٠٠٤].

(١٢٠٠٣) قرارات وتوصيات الدورة الثالثة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في عمان سنة ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م.

(١٢٠٠٤) المرجع السابق ص٢ـ٣.

٩٩٣٩ ـ فتوى شيخ الأزهر في التلقيح الصناعي:

وفي فتوى لشيخ الجامع الأزهر محمود شلتوت ـ رحمه الله ـ بشأن التلقيح الصناعي قال: «إنه ـ أي التلقيح الصناعي ـ إذا كان التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج، فهو في هذه الحالة يكون في نظر الشريعة الإسلامية جريمة منكرة وإثماً عظيماً يلتقي مع الزنى في إطار واحد، جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية. ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنى»[١٢٠٠٥].

٩٩٤٠ ـ رأينا في التلقيح الصناعي:

نؤيد ما جاء في قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان والتي ذكرنا في الفقرة السابقة بشأن طرق التلقيح الصناعي وما يحرم من هذه الطرق وما يحلّ. كما نؤيد ما جاء في فتوى شيخ الأزهر فيما يحرم أو يحلّ من طرق التلقيح الصناعي، ويكون رأينا في هذا الموضوع هو ما ذهب إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي، وما جاء في فتوى شيخ الأزهر.

٩٩٤١ ـ نسب المولود بالتلقيح الصناعي:

وفي ضوء أقوال الفقهاء التي ذكرناها بشأن إدخال المرأة ماء زوجها أو ماء غيره في رحمها، وفي ضوء قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي وفتوى شيخ الأزهر بشأن التلقيح الصناعي، والتي أيدناها، يكون حكم نسب المولود بطريق التلقيح الصناعي من جهة ثبوت هذا النسب أو عدم ثبوته حسب التفصيل الآتي:

٩٩٤٢ ـ الطرق التي يثبت فيها النسب بالتلقيح الصناعي:

يثبت نسب المولود بالتلقيح الصناعي في إحدى الطريقتين التاليتين:

الطريقة الأولى: أن تؤخذ نطفة من زوج وبييضة من زوجته. ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الطريقة الثانية: أن تؤخذ نطفة الزوج وتُحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها لتلقح تلقيحاً داخلياً.

فهاتان الطريقتان تشبهان إدخال الزوجة ماء زوجها في فرجها لا سيما الطريقة الثانية. أما

(١٢٠٠٥) «الفتاوى» للشيخ محمود شلتوت ص٣٢٧ـ٣٢٨.

الطريقة الأولى، ففيها زيادة على إدخال ماء الزوج إذ يتم تلقيح ببيضة المرأة بماء زوجها في الخارج، ثم إدخال اللقيحة وهي ماء الزوج وببيضة الزوجة في رحم الزوجة. وعلى هذا فإذا حملت المرأة بإحدى هاتين الطريقتين فالولد الذي تضعه يثبت نسبه من زوجها ومنها.

٩٩٤٣ ـ الطرق التي لا يثبت فيها النسب بالتلقيح الصناعي:

أما المولود بالطرق الأخرى للتلقيح الصناعي، فلا يثبت بها نسبه؛ لأنه تكوّن من ماء أجنبي، ولم يتكون بماء الزوج وماء زوجته، فلا يلحق نسبه به، فيكون حكمه من جهة النسب حكم ولد الزنى.

المبحث التاسع

ثبوت النسب بالإقرار أو بالبيِّنة

٩٩٤٤ - تمهيد

تكلمنا فيما سبق على ثبوت النسب بالنكاح الصحيح القائم فعلاً، أو القائم حكماً بقيام العدّة، كما تكلمنا على ثبوت النسب بالنكاح الفاسد أو بالوطء بشبهة، وشروط ثبوت النسب في هذه الحالات جميعاً.

وقد يثبت النسب بالإقرار المجرد وحده دون بيان سببه من نكاح صحيح أو عدّة منه أو غير ذلك من أسباب ثبوت النسب المتعلقة بالنكاح نفسه أو بالوطء. ويسمى ثبوت النسب بالإقرار المجرد وحده بـ «الدّعوة»[١٢٠٠٦]، وقد يثبت أيضاً النسب بغير الإقرار وإنما بالبيِّنة وهي الشهادة.

٩٩٤٥ - المقصود بالإقرار بالنسب وبالبيِّنة:

الإقرار في اللغة يعني الإثبات، يقال: أقرَّ الشيء إذا ثبت، وأقرَّ بالحق وله أي اعترف به وأثبته[١٢٠٠٧]. والإقرار شرعاً هو إخبار بحقّ عليه - أي على المقرّ - للغير. إلّا أنه إخبار من وجه وإنشاء من وجه[١٢٠٠٨].

وعلى هذا، فالإقرار بالنسب يعني إخبار الإنسان - المقرّ - بوجود قرابة معينة فميا بينه وبين شخص آخر - أي المُقَر له - فالمخبر هو المقرّ بالنسب والمُخبر عنه هو المقرّ له بالنسب. فإذا أقرّ شخص بأن فلاناً هو ابنه، كان هذا الشخص هو المقرّ بالنسب، وكان فلان هو المقرّ له بالنسب، وكان هذا الإقرار متضمناً الإخبار عن وجود قرابة معينة بينهما، هي في مثالنا: قرابة البنوة التي أقرّ بها المقرّ للمقرّ له.

والمقصود بالبيِّنة: الشهادة. فقد يثبت النسب بالشهادة المعتبرة شرعاً - كما سنبينه فيما بعد -.

(١٢٠٠٦) «الأحوال الشخصية» لأستاذنا الشيخ أبي زهرة - رحمه الله - ص٤٢٢.

(١٢٠٠٧) «المعجم الوسيط» ج٢، ص٧٣١.

(١٢٠٠٨) «الدر المختار» ج٥، ص٥٨٨.

٩٩٤٦ - منهج البحث:

الإقرار بالنسب نوعان:

الأول: إقرار بالنسب على النفس - أي على نفس المقِرّ- ليس فيه تحميل النسب على غير المقِرّ.

الثاني: إقرار فيه تحميل النسب على الغير أي على غير المقِرّ. ثم إن البيِّنة - الشهادة - لها نصابها المقرر شرعاً، ولها علاقة بالإقرار - كما سنبيِّنه - مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول : الإقرار بالنسب على النفس.
المطلب الثاني : إقرار فيه تحميل النسب على الغير.
المطلب الثالث : ثبوت النسب بالبيِّنة.

المطلب الأول

الإقرار بالنسب على النفس

٩٩٤٧ - المقصود بالإقرار بالنسب على النفس:

الإقرار بالنسب على النفس هو الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على غير المقِرّ، وإنما فيه تحميل النسب على نفس المقِرّ ابتداء ومباشرة رجلاً كان المقِرّ أو امرأة، كما لو أقرَّ شخص بأن فلاناً ابنه. ففي هذا الإقرار تحميل نسب المقرّ له وهو كونه (ابنه) على نفس المقر، وبهذا المعنى قال الإمام السرخسي: «إذا أقرَّ بابنٍ فإنما يقرّ على نفسه؛ لأن الأب يتحمل نسب الولد على نفسه»[١٢٠٠٩]. فالنسب في هذا النوعِ من الإقرار يثبت نسبه من المقرّ أولاً ثم يتعداه إلى غيره فيكون أخاً لأولاد المُقرّ إن كان للمقرّ أولاد.

٩٩٤٨ - أنواع الإقرار بالنسب على النفس:

الإقرار بالنسب على النفس قد يكون إقراراً (بالبنوة) كأن يقرّ رجل أو امرأة بأن فلاناً ولده أو ولدها. وقد يكون إقراراً (بالأبوة) كأن يقرّ شخص بأن فلاناً أبوه. وقد يكون إقراراً (بالأمومة) كأن يقرّ شخص بأن فلانة أمّه. ولكل من هذه إقرارات وشروط معينة يثبت بها نسب المُقرّ له، وهذا ما نبيِّنه في الفقرات التالية:

(١٢٠٠٩) «المبسوط» ج٣٠، ص٦٩.

٩٩٤٩ ـ أولاً: شروط صحة الإقرار بالبنوة:

إذا أقرّ شخص بأن فلاناً ولده، سواء كان ذكراً أو أنثى، فإن هذا الإقرار لا يصحّ ولا يثبت به نسب الولد من المقِرّ إلا بتوافر شروط معينة، هي:

أ ـ إمكان أن يولد مثله لمثل المقِرّ.

ب ـ وأن يكون المُقرّ له مجهول النسب.

جـ ـ وأن لا يقول المقِرّ إن المُقرّ له هو ولده من الزنى.

د ـ وأن يصدّقه المقرّ له في إقراره.

هـ ـ وأن لا ينازعه أحد في هذا الإقرار. ونتكلم عن كل شرط من هذه الشروط فيما يلي:

٩٩٥٠ ـ الشرط الأول: إمكان أن يولد مثله لمثله:

أي من الممكن أن يولد مثل الولد المُقرّ له لمثل المقرّ حتى يكون الإقرار معقولاً ومقبولاً. أما إذا كان لا يمكن ولا يتصور أن يولد مثل المقرّ له لمثل المُقرّ، فإن الإقرار لا يقبل: كما لو كان عمر المُقرّ له أكبر من عمر المقرّ أو مثله أو أقل منه بقليل بحيث لا يتأتى مع هذا الفارق القليل أن يولد مثل المُقرّ له لمثل المقرّ، كأن يكون عمر المقرّ له عشر سنوات وعمر المقِرّ أربع عشرة سنة، ففي هذه الحالات لا يقبل الإقرار؛ لأن الواقع يكذبه والعقل يرفضه، إذ يستحيل أن يكون المقرّ له ولداً للمقرّ وعمرهما كما وصفناه[١٢٠١٠]، وبهذا الشرط صرَّح الفقهاء[١٢٠١١].

٩٩٥١ ـ هل ينتفي شرط الإمكان بالقرائن؟

إذا كان عمر كل من المقرّ والمقرّ له يسمح بأن يولد مثل المقرّ له لمثل المقرّ، فهل يمكن نفي هذا الشرط (شرط إمكان أن يولد مثله لمثله)، ولو كان عمرهما يسمح بإمكان ذلك، إذا وجدت القرينة التي ترجح انتفاء هذا الشرط من غير جهة عمر كل منهما؟

٩٩٥٢ ـ مذهب الحنابلة في هذه المسألة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولو قدمت امرأة من بلد الروم ومعها طفل فأقرّ به رجل لحقه لوجود الإمكان وعدم المنازع؛ لأنه يحتمل أن يكون قد دخل أرضهم أو دخلت هي دار الإسلام ووطئها، والنسب يحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد

(١٢٠١٠) «البدائع» ج٧، ص٢٢٨، «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج٢، ص٧٩٥.

(١٢٠١١) «المغني» ج٥، ص١٨٤، «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٣، ص٤١٢، «الهداية» و«فتح القدير» ج٧، ص١٣، «مغني المحتاج» ج٢، ص٢٥٩، «شرائع الإسلام» ج٣، ص١٥٦.

عشرين سنة من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم إليها، ولا عُرِفَ لها خروج من بلدها»[١٢٠١٢].

فيفهم من هذا القول أن لا عبرة للقرائن المرجحة عدم إمكان أن يولد مثل هذا الولد لمثل المقِرّ. إذ الراجح أن الرجل لم يدخل بلاد الروم ولا دخلت هي دار الإسلام، وأن الغائب لم يقدم إلى زوجته، وأنها لم تخرج من بلدها؛ لأنه لو حصل شيء من ذلك لأمكن معرفته، فالاحتمال الراجح عدم تحقق شرط الإمكان وإن كان هناك احتمال ضعيف بتحققه، ولكن لم يأخذ ابن قدامة بهذا الاحتمال الراجح أو القرينة المرجحة له، وبالتالي ينتفي شرط الإمكان، بل أخذ بالاحتمال المرجوح ما دام عمر المقر والمقر له يسمح بإمكان أن يولد مثله لمثله؛ لأن النسب يحتاط لإثباته ـ كما قال ابن قدامة ـ، وهذا الاحتياط يستدعي في نظره القول بتحقق شرط الإمكان نظراً إلى عمر المقِرّ والمقرّ له دون نظر إلى ما سواه.

٩٩٥٣ ـ مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «إنما يستلحق الأب ولداً مجهول النسب إن لم يكذبه العقل لصغره ـ أي صغر الأب ـ أو العادة، كاستلحاقه من وُلد ببلد بعيد علم أنه لم يدخله»[١٢٠١٣]. ويفهم من هذا أن المالكية يأخذون بالقرينة المرجحة انتفاء شرط إمكان أن يولد مثله لمثله، فهم لا يكتفون لتحقق هذا الشرط شرط الإمكان أن يسمح به عمر كل من المقِرّ والمقرّ له، وإنما يجب أن لا ينتفي هذا الإمكان بالاحتمال الراجح أو القرينة الراجحة على انتفائه، والتي عبّر عنها المالكية بأن لا تكذب إقراره (العادة، وهو في مثالهم الذي ضربوه أن يستلحق ولداً وُلِدَ في بلد بعيد علم أنه لم يدخله. إذ العادة أو المعتاد أن لا يكون هذا الولد من مدّعيه الذي عُلِمَ عدم دخوله البلد الذي وُلِدَ فيه فلا يمكن أن يقال إنه التقى بأمه ووطئها.

٩٩٥٤ ـ الراجح في هذه المسألة:

والراجح، أن المعوّل عليه في تحقق شرط الإمكان كون عمر المقرّ والمقرّ له يسمح بتحقق هذا الشرط، وهو أن يولد مثله لمثله دون النظر إلى احتمال عدم تحقق هذا الشرط، وإن كان هذا الاحتمال راجحاً لقرينة تدل على هذا الرجحان ما دام لا يوجد منازع للمقر في إقراره، أما إذا وجد المنازع له، ففي هذه الحالة يكون الترجيح في إلحاق الولد المتنازع في نسبه إلى من يثبت نسبه منه بالبيِّنة.

ووجه الترجيح لما رجحناه أن النسب مما يحتاط لإثباته، وهذا هو الاتجاه في مسائل النسب

(١٢٠١٢) «المغني» ج٥، ص١٩٠.

(١٢٠١٣) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٣، ص٤١٢.

في الشريعة الإسلامية، ولا شك أن مما يتفق وهذا الاتجاه وهذا الاحتياط الأخذ بما رجحناه وهو المستفاد من كلام ابن قدامة الحنبلي.

٩٩٥٥ ـ الشرط الثاني: أن يكون المقر له مجهول النسب:

ووجه اشتراط هذا الشرط أن كون المقرّ له معروف النسب يمنع ثبوت نسبه من المقرّ، قال صاحب «فتح القدير» في تعليل اشتراط هذا الشرط: «لأن كون نسبه معروفاً يمنع ثبوته من غيره؛ لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته»(١٢٠١٤).

وفي «المغني» في تعليل اشتراط هذا الشرط: «فإن كان المقرّ له بالنسب معروف النسب لم يصح الإقرار؛ لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولّى غير مواليه»(١٢٠١٥). وقد صرّح باشتراط هذا الشرط الفقهاء من مختلف المذاهب(١٢٠١٦).

٩٩٥٦ ـ الشرط الثالث: أن لا يقول المقرّ أنه ولده من الزنى:

ويشترط لصحة الإقرار أن لا يقول المقرّ له في إقراره أن المقرّ هو ولده من الزنى؛ لأن ثبوت البنوة الشرعية من نعم الله تعالى التي امتن بها على عباده، وهذه النعمة لا تتأتى من جريمة الزنى، وإنما تحصل بالنكاح الصحيح الذي شرعه الله تعالى لعباده، وهذا ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿والله جَعَلَ لكمْ مِنْ أنْفُسِكمْ أزواجاً وجَعَل لكُمْ مِنْ أزْواجِكُمْ بَنِينَ وحَفَدَةً﴾(١٢٠١٧). والبنون وهم من نعم الله على عباده إنما يوجدون عن طريق وطء الأزواج لزوجاتهم في النكاح الشرعي الصحيح، وليس عن طريق الوطء الحرام وهو الزنى.

ثم إن حديث رسول الله ﷺ صريح في انتفاء نسب ولد الزنى من الزاني، فقد جاء في «المبسوط» للسرخسي: «أقرّ أنه زنى بامرأة مرّة وأن هذا الولد من الزنى، وصدقته المرأة، فإن النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا فراش للزاني، وقد جعل رسول الله ﷺ حظ الزاني الحجر فقط، والمراد هنا أنه لا حظ للعاهر من النسب»(١٢٠١٨). وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية في شروط ثبوت نسب الولد بالإقرار: «أن

(١٢٠١٤) «فتح القدير» ج٧، ص١٣-١٤.

(١٢٠١٥) «المغني» ج٥، ص١٨٤.

(١٢٠١٦) «البدائع» ج٧، ص٢٢٨، «المغني» ج٥، ص١٨٤، «الشرح الكبير» للدردير ج٣، ص٤١٢، «مغني المحتاج» ج٢، ص٢٥٩، «شرائع الإسلام» ج٣، ص١٥٦.

(١٢٠١٧) [سورة النمل، الآية ٧٢].

(١٢٠١٨) «المبسوط» للسرخسي ج١٧، ص١٥٤.

لا يكون من الزنى»[12019].

٩٩٥٧ ـ وهل يشترط أن يبيّن المقرّ مستند إقراره، أم يكفي أن لا يقول إنه ولده من الزنى؟

الظاهر من أقوال الحنفية وغيرهم أنهم يكتفون بأن لا يقول المقرّ في إقراره أنه ولده من الزنى، ولا يلزمه أن يبيّن مستند إقراره أو سبب إقراره. ولكن بعض فقهاء المالكية اشترطوا أن يبيّن المقرّ مستند إقراره بنسب الولد منه، فقد جاء في «مواهب الجليل» للحطاب: «وهذا ينبني على أمر اختلف فيه هل يعتبر شرطاً في الاستلحاق ـ أي في الإقرار ببنوة الولد ـ أم لا؟ وهو أن يعلم تقدم ملكِ أُمّ هذا الولد أو نكاحها لهذا المقرّ؟

قال سحنون يعتبر، وقال ابن عبد السلام، وهو قول لابن القاسم، والمشهور: أن ذلك لا يعتبر وهو ظاهر ما في «المدونة»، وهو الأظهر في النظر؛ لأنهم اعتبروا في هذا الباب الإمكان وحده ـ أي إمكان لحوق نسب الولد بالمقرّ ـ مالم يقم دليل على كذب المقرّ. ثم قال الحطّاب رحمه الله «فحاصله أنّ سحنوناً يشترط علم تقدم النكاح، وابن القاسم لا يشترطه. أما لو فرض أنه علم أنه لم يقع منه نكاح أبداً لم يلحق به»[12020].

وخلاصة ذلك أنّ سحنوناً يشترط العلم بتقدم نكاح المقرّ من أُمّ المقرّ له، وهذا يعني أن عليه أن يبيّن مستند إقراره وسببه وهو سبق نكاحه لأمّ هذا الولد الذي ولدته له على فراش الزوجية. وابن القاسم لا يشترط العلم بذلك، ومعنى ذلك أنه لا يشترط أن يبيّن المقرّ سبب إقراره أو مستنده.

٩٩٥٨ ـ والراجح عندي، عدم اشتراط أن يبيّن المقرّ مستند إقراره، وإنما الشرط فقط أن لا يقول إنه ولده من الزنى، حملاً لتصرفات المسلمة على الصحة والصلاح لا على الفساد. ولكن لو نازع منازع المقرّ في إقراره فعلى المقرّ أن يبيّن مستند إقراره وسببه حتى يدفع اعتراض المنازع ويظهر نسب الولد منه. وكذلك إذا قامت قرينة تدعو إلى الشك في صحة إقراره فعلى المقرّ أن يبيّن مستند إقراره إذا نازعه منازع محتجاً عليه بهذه القرينة، كما لو كان المقر محبوساً وعند خروجه أقرّ ببنوة طفل عمره ثلاث سنوات فنازعه منازع في هذا الإقرار محتجاً عليه بأنه كان محبوساً من قبل أن يولد الطفل بسنين عديدة لا يتأتى معها أن يكون قد وطئها لا بنكاح ولا بشبهة، فعلى المقرّ أن يبيّن مستند إقراره وسببه حتى ينظر القاضي فيه، ويقضي بما يترجح عنده، فإما أن يأخذ بإقراره وإما أن يرد إقراره ويأخذ بما يدّعيه خصمه المنازع له فيه.

(١٢٠١٩) «مغني المحتاج» ج٢، ص٢٥٩.

(١٢٠٢٠) «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» للحطاب ج٥، ص٢٣٩.

٩٩٥٩ - الشرط الرابع: أن يصدّقه المقرّ له:

ويشترط لصحة إقرار المقرّ أن يصدّقه المقرّ له في إقراره، وهذا إذا كان المقرّ له أهلاً للتصديق بأن كان قوله معتبراً، وذلك هو قول البالغ العاقل، وهذا ما صرّح به الحنابلة والشافعية، وعند الحنفية يكفي أن يكون المقرّ له مميزاً لاعتبار قوله وتصديقه.

وإنما اشترط هذا الشرط؛ لأن للمقرّ له حقّاً بالنسب وهو أعرف بنسبه من غيره، فلا بدّ من تصديقه للمقرّ في إقراره ليعرف صدق المقرّ؛ ولأن في ثبوت نسب المقرّ له من المقرّ إلزاماً للمقرّ له بحقوق النسب مثل ثبوت الإرث، ولزوم النفقة عليه إن كان موسراً والمقرّ معدِماً ونحو ذلك، وفي بعض هذه الحقوق مشقة على المقرّ له، فلا بدّ من التزامه بها بتصديقه للمقر بإقراره حتى لا يتضررر بها رغماً عنه(١٢٠٢١).

٩٩٦٠ - إذا كان المقرّ له صغيراً:

وإذا كان المقرّ له صغيراً لا يعبر عن نفسه بأن كان غير مميز عند الحنفية، أو غير بالغ عند الحنابلة والشافعية، فلا يشترط تصديقه للمقرّ؛ لأن في ثبوت نسبه من المقرّ منفعة مؤكدة له؛ لأنه بهذا الثبوت يدفع عن نفسه مضرة انقطاع نسبه، وهذه المنفعة تربو على ما قد عسى أن يلحقه من أضرار مادية محتملة تترتب عليه بسبب ثبوت نسبه منه كوجوب النفقة عليه للمقرّ.

وإذا كبـرَ المقرّ له بأن صار مميزاً أو بالغاً وكذّب المقرّ في إقراره لم يسمع ذلك منه ولا ينتقض نسبه؛ لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الفسخ، وكذلك إذا جحد المقرّ إقراره بنسب الولد أو رجع عنه لم يقبل منه هذا الرجوع أو ذاك الجحود؛ لما قلناه من أن النسب إذا ثبت لم يقبل الفسخ(١٢٠٢٢).

٩٩٦١ - الشرط الخامس: أن لا ينازعه في إقراره منازع:

ويشترط لصحة إقرار المقرّ أن لا ينازعه في إقراره منازع؛ لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا، فلم يكن إلحاق نسب الولد بأحدهما أولى من الآخر بمجرد الإقرار، فلا بدّ من بيّنة تثبت نسب أحدهما دون الآخر(١٢٠٢٣).

(١٢٠٢١) «المغني» ج٥ ص١٨٥، «الهداية» و«العناية» و«فتح القدير» ج٧، ص١٤، «مغني المحتاج» ج٢، ص٢٥٩، «شرائع الإسلام» ج٣، ص١٥٧.

(١٢٠٢٢) المراجع السابقة.

(١٢٠٢٣) «المغني» ج٥، ص١٨٥، «شرائع الإسلام» ج٣، ص١٥٦.

٩٩٦٢ ـ ليس من شروط صحة الإقرار صحة المقرّ:

وليس من شروط صحة إقرار المقرّ بالبنوة كونه صحيحاً غير مريض، فقد جاء في «الهداية»: «ومن أقرّ بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف، أنه ابنه وصدّقه الغلام ثبت نسبه منه، وإن كان مريضاً؛ لأن النسب مما يلزمه خاصة، فيصح إقراره به، ولا يمتنع بالمرض؛ لأن النسب من الحوائج الأصلية».

وجاء في «فتح القدير» تعليقاً على قول «الهداية»: «وإن كان المقرّ مريضاً؛ لأن النسب مما يلزمه خاصة، يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقرّ خاصة، وليس فيه حمل النسب على الغير، فيصح إقراره به وإن كان مريضاً؛ لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير، ولا تهمة هاهنا»[١٢٠٢٤].

ويوضح الإمام الكاساني تعليل صحة إقرار المريض بالنسب، فيقول رحمه الله تعالى: «ولا يشترط صحة المقرّ لصحة إقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعاً؛ لأن المرض ليس بمانع لصحة الإقرار لعينه، بل لتعلق حقّ الغير أو التهمة، وكل ذلك منعدم، أما تعلّق حقّ الغير فظاهر العدم؛ لأنه لا يعرف التعلّق بمجهول النسب، وكذلك معنى التهمة؛ لأن الإرث ليس من لوازم النسب»[١٢٠٢٥]. هذا وأن المقصود بالمريض والمرض في بحثنا هذا هو المريض مرض الموت، وقد تبيّن لنا صحة إقراره بالبنوة للتعليل الذي ذكرناه.

٩٩٦٣ ـ شروط إقرار المرأة بالبنوة:

أ ـ إن لم تكن ذات زوج:

ويشترط لصحة إقرار المرأة ببنوة ولد ما يشترط في إقرار الرجل ببنوة ولد منه. وعلى هذا، يشترط لصحة إقرار المرأة ببنوة ولد أن يولد مثله لمثلها. وأن يكون مجهول النسب من جهة الأمّ، أي لا يعرف له أمّ. وأن لا تذكر في إقرارها أنه ولدها من الزنى. وأن يصدّقها في إقرارها إن كان أهلاً للتصديق بأن كان مميزاً على رأي الحنفية، وبالغاً عاقلاً على رأي غيرهم كالشافعية والحنابلة، فإن لم يكن أهلاً للتصديق لم يشترط تصديقه لصحة إقرار المرأة ببنوته.

٩٩٦٤ ـ ب ـ إن كانت ذات زوج أو معتدّة:

وما قلناه من شروط صحة إقرار المرأة ببنوة الولد هو بالنسبة للمرأة التي ليست ذات زوج،

(١٢٠٢٤) «الهداية» وفتح القدير» ج٧، ص١٣-١٤.

(١٢٠٢٥) «البدائع» ج٧، ص٢٢٨.

فإن كانت ذات زوج وأقرّت بأن الولد ولدها منه، فالشرط لصحة إقرارها تصديق الزوج لها؛ لأن في إقرارها تحميل نسب ولدها على الزوج، فلا يقبل إقرارها إلا إذا صدّقها الزوج أو تشهد امرأة مرضية على ولادتها هذا الولد، فيثبت نسب الولد منها ومنه(١٢٠٢٦).

وعند الحنابلة في هذه المسألة روايتان، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن كانت ذات زوج، فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين:

الرواية الأولى: لا يقبل؛ لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها، ولم يقرّ به أو إلحاقاً للعار به بولادة امرأته من غيره.

الرواية الثاني: يقبل إقرارها؛ لأن شخص أقرّ بولد يحتمل أن يكون منه فيقبل إقرارها كالرجل(١٢٠٢٧).

٩٩٦٥ ـ ثانياً: شروط صحة الإقرار بالأبوة:

الإقرار بالأبوة هو إقرار الولد ـ ذكراً كان أو أنثى ـ بأن فلاناً أبوه فالولد هاهنا هو المقرّ، وفلان هو المقرّ له بالأبوة.

ويشترط لصحة هذا الإقرار ما يشترط لصحة الإقرار بالبنوة، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن اعترف إنسان بأن هذا أبوه، فهو كاعترافه بأنه ابنه»(١٢٠٢٨).

وعلى هذا، يشترط أن يولد مثل المقرّ لمثل المقرّ له وأن لا يقول في إقراره أنه أبوه من زناه بأمه، وأن يصدّقه المقرّ له بإقراره، وأن يكون الولد مجهول النسب، وأن لا ينازعه أحد في إقراره. ومن المعلوم أن إقرار الولد لشخص ما بالأبوة يستلزم أن يكون الولد المقرّ مقبول العبارة بأن يكون بالغاً على رأي الشافعية والحنابلة، أو مميزاً على رأي الحنفية قياساً على ما قالوه واشترطوه في المقرّ له.

٩٩٦٦ ـ ثالثاً: شروط صحة الإقرار بالأمومة:

وصورة هذا الإقرار أن يقول الولد: هذه أُمّي. ويشترط لصحة هذا الإقرار ما يشترط لصحة الإقرار بالأبوة: بأن يولد مثله لمثلها، وأن تصدّقه بإقراره، وأن لا يكون للولد أُمّ معروفة، وأن لا يقول في إقراره إنها أمه من الزنى، وأن لا ينازعه منازع في إقراره(١٢٠٢٩).

(١٢٠٢٦) «البدائع» ج٦، ص٢٥٣، و«البدائع» ج٧، ص٢٢٩.

(١٢٠٢٧) «المغني» ج٥، ص١٩٠.

(١٢٠٢٨) «المغني» ج٥، ص١٩٠.

(١٢٠٢٩) «الأحول الشخصية» لأستاذنا أبي زهرة ـ رحمه الله ـ ص٤٢٤.

هذا ويشترط أن يكون المقرّ بالغاً على رأي الشافعية والحنابلة أو مميزاً على رأي الحنفية قياساً على ما قالوه في المقرّ له.

٩٩٦٧ - دعوى النسب المباشر:

دعوى النسب المباشر هي التي ليس فيها تحميل النسب على الغير كادعاء الشخص بأن فلاناً ابنه، فهو يقرّ على نفسه بأن فلاناً ابنه فهو يحمل نسبه على نفسه، ففي هذه الحالة إذا لم يصدّقه المقرّ له بالنسب فللمقرّ الذي يدّعي بنوة المقرّ له أن يقيم الدعوى عليه مجردة من المال، وعلى القاضي أن يسمعها ولو لم تكن ضمن دعوى حقّ آخر كطلب النفقة مثلاً. فإن كان المدّعى عليه ميتاً، فيشترط لصحة الدعوى أن تكون ضمن دعوى حقّ آخر كطلب الميراث، ويكون الخصم فيها من تكون التركة تحت يده: من وارث، أو وصي، أو موصى له، أو دائن للميت وضع يده على تركته. وإنما اشترط أن تكون دعوى النسب في هذه الحالة ضمن حقّ آخر؛ لأنها دعوى على ميت ولا تسمع الدعوى على ميت إلا في ضمن حقّ للحاضر[١٢٠٣٠].

المطلب الثاني

الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير

٩٩٦٨ - المقصود بهذا الإقرار:

الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، هو الذي يكون فيه تحميل النسب على غير المقرّ ابتداءً ثم يتعدى إلى نفس المقرّ. فلو أقرّ شخص لآخر بأنه أخوه، فهذا الإقرار فيه تحميل نسب المُقرّ له على أبي المقرّ، فلا تثبت أُخوته للمقرّ إلا بعد أن تثبت بنوته لأبي المقرّ.

٩٩٦٩ - شروط ثبوت النسب بهذا الإقرار:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن اعترف بأن هذا أبوه، فهو كاعترافه بأنه ابنه. فأما إن كان إقراراً عليه وعلى غيره كإقراره بأخ، اعتبر فيه الشروط الأربعة..»[١٢٠٣١].

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وأما إذا ألحق النسب بغيره ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه كهذا أخي ابن أبي وأمي، أو هذا عمي فيثبت نسبه من الملحق به بالشروط السابقة فيما إذا ألحقه بنفسه»[١٢٠٣٢].

(١٢٠٣٠) «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني ج٢، ص٣٣، و«الأحوال الشخصية» لأبي زهرة، ص٤٢٦.

(١٢٠٣١) «المغني» ج٥، ص١٨٤.

(١٢٠٣٢) «مغني المحتاج» ج٢، ص٢٦١.

٩٩٧٠ ـ وعلى هذا، فالشروط لثبوت النسب في هذا النوع من الإقرار أن يصدق من حمل النسب عليه المقرّ في إقراره، وأن يثبت نسب المقرّ له من الشخص الذي حمل عليه النسب، فلو أقرّ إنسان بأن فلاناً أخوه، فالشروط لثبوت النسب بهذا الإقرار أن يصدّق أبو المقرّ المقرّ في إقراره، وأن يثبت نسب المقرّ له من أبي المقرّ، أي أن تثبت بنوة المقرّ له من أبي المقر بتوافر شروط ثبوت النسب بين المقرّ له وبين أبي المقرّ، وهي شروط ثبوت البنوة التي تكلمنا عنها من قبل. فإذا ثبت نسب المقرّ له من أبي المقرّ بأن صار ابناً له، فإن هذا النسب يتعدى إلى المقرّ، فيصير المقرّ له أخاً للمقر كما يصير أخاً لابناء أبي المقرّ.

٩٩٧١ ـ الدعوى في هذا النسب:

الإقرار بالنسب الذي فيه تحميل النسب على الغير، هو إقرار بنسب غير مباشر، فلا يثبت للمقر إلا إذا ثبت للمحمول عليه النسب. فإذا لم يصدق المحمول عليه النسب المقرّ في ادّعائه هذا النسب، . فللمقرّ أن يقيم الدعوى أمام القضاء بشرط أن تكون ضمن دعوى حقّ آخر، سواء كان المدّعى عليه حيّاً أو ميتاً لما فيه من تحميل النسب على الغير. وهو الشخص الذي ينتهي النسب؛ ولأنه إذا كان ميتاً فالدّعوى في هذه الحالة تكون بمنزلة دعوى على غائب، وهو من حمل عليه النسب، ولا دعوى على غائب إلا إذا تضمنت حقّاً لحاضر ومن ذلك دعوى الأخوة ترفع في ضمن دعوى النفقة، أو دعوى العمومة ترفع ضمن دعوى الميراث وهكذا[١٢٠٣٣].

٩٩٧٢ ـ ما يترتب على عدم ثبوت النسب بهذا الإقرار:

وإذا لم يثبت النسب بهذا النوع من الإقرار كما لم يثبت بالبيّنة، فإن بعض الآثار الشرعية تترتب على هذا الإقرار بالنسبة للمقرّ فقط في علاقته مع المقرّ له باعتبار أن الإقرار حجة قاصرة على المقرّ، وهذه الآثار هي ما يأتي:

أولاً: وجوب النفقة للمقرّ له على المقرّ:

إذا كان المقرّ له معدماً والمقرّ موسراً، وجبت النفقة للمقرّ له على المقرّ بناء على القرابة التي اعترف بها المقر، وهذا بعد توافر شروط وجوب النفقة بين الأقارب والتي سنتكلم عنها فيما بعد إن شاء الله تعالى.

ثانياً: بالنسبة للميراث:

أ ـ إذا مات المقرّ ولم يخلف أحداً يرثه غير المقرّ له، فإن الميراث يكون كلّه للمقرّ له.

(١٢٠٣٣) «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني ج٢، ص٣٣، «الأحوال الشخصية» لأبي زهرة ص٤٢٦.

وإن كان هناك ورثة مع المقرّ له، فإن الميراث لهم دونه؛ لأن مرتبتهم في الميراث مقدمة عليه كما سنوضح ذلك في بحث المواريث(١٢٠٣٤).

ب ـ يشارك المقرّ له المقرّ في نصيبه من الميراث، فلو مات شخص عن ابنين أحدهما مقرّ بأخوة آخر ولم يصدّقه في إقراره أبوه قبل موته ولا أخوه، فإن المقرّ له يأخذ نصف حصة المقرّ من الميراث وإن كان المقرّ له أنثى، فإنها تأخذ ثلث حصة المقرّ من الميراث باعتبار أن نصيب الذكر مثل حظ الأنثيين(١٢٠٣٥) وسنتكلم عن ميراث المقرّ له عند كلامنا عن المواريث فيما بعد إن شاء الله تعالى.

المطلب الثالث
ثبوت النسب بالبيِّنة

٩٩٧٣ ـ المقصود بالبيِّنة:

المقصود بالبيِّنة الشرعية في إثبات النسب الشهادة، سواء كان المقصود بها إثبات النسب المباشر كالادعاء بالبنوة، أو كان المقصود بها إثبات النسب غير المباشر كالادعاء بالأخوة ونصاب الشهادة في إثبات النسب رجلان، أو رجل وامرأتان.

٩٩٧٤ ـ الأخذ بالبيِّنة عند ردّ الإقرار:

إذا لم يثبت النسب بالإقرار لفوات شروط الثبوت به، جاز للمقرّ أن يثبت بالبيِّنة ما ادّعاه من نسب في إقراره، كما لو ادّعى شخص بأن فلاناً ابنه ولم يثبت ذلك لعدم تحقق شروط إثبات النسب بإقراره، فإن للمقرّ إثبات دعواه بالبيِّنة الشرعية ـ أي بالشهادة المعتبرة في إثبات النسب ـ أمام القضاء.

٩٩٧٥ ـ يجوز بالبيِّنة نقض ثبوت النسب بالدّعوة:

إذا ثبت النسب بالدّعوة أي بمجرد ادّعاء المدّعى وصدر حكم القاضي بذلك، جاز نقضه بإصدار حكم بناء على بيِّنته مدعي نسبه، فقد جاء في «البدائع»: «إذا ادّعى اللقيط رجل: الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدّعي، ثم ادّعاه رجل آخر وأقام البيِّنة، يقضى له؛ لأن النسب وإن ظهر بنفس الدّعوة، لكنّه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبيِّنة»(١٢٠٣٦).

(١٢٠٣٤) وعند المالكية، إذا لم يكن للمقرّ وارث فالمقرّ له يرث جميع المال وإن كان معه وارث ذو فرض ورث المقرّ له الباقي: «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج٢، ص١٩٦-١٩٧.

(١٢٠٣٥) «البدائع» ج٧، ص٢٣٠.

(١٢٠٣٦) «البدائع» ج٦، ص٢٥٤.

المبحث العاشر

ثبوت النسب بالقافة

٩٩٧٦ ـ تعريف القيافة والقائف:

القيافة هي الاستدلال بشبه الإنسان لغيره على النسب.

والقافق لغة: هو الذي يتتبع الآثار والجمع قافة كبائع وباعة.

والقائف شرعاً: من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك[١٢٠٣٧].

٩٩٧٧ ـ الدليل على مشروعية ثبوت النسب بالقيافة:

أخرج الإمامان الجليلان: البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: «دخل عليَّ رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور، فقال: يا عائشة ألم تري أن مُجَزِّزاً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما وقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[١٢٠٣٨].

وجاء في شرح الحديث: قال العلماء كانت القيافة مشهورة في بني مُدلج وفي بني أسد، والعرب تعترف لهم في ذلك. وكانت الجاهلية تقدح في نسب أسامة لكونه أسود شديد السواد وكان زيد أبيض، فلما قضى هذا القائف بإلحاق نسبه ـ أي إلحاق نسب أسامة بزيد مع اختلاف اللون ـ وكانت الجاهلية تعتمد قول القائف فرح النبي ﷺ؛ لكونه زاجراً لهم عن الطعن في النسب[١٢٠٣٩].

ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف على مشروعية العمل بالقيافة وإثبات النسب بها أن النبي ﷺ فرح لكونه وجد في أُمته من يميز أنسابها عند اشتباهها، ولو كانت القيافة باطلة لم

(١٢٠٣٧) «مغني المحتاج» ج٤، ص٤٨٨.

(١٢٠٣٨) «صحيح البخاري» ج١٢، ص٥٦، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٤١.

(١٢٠٣٩) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٤١.

يحصل بذلك السرور[12040]؛ لأنه ﷺ لا يسر بالباطل؛ ولأن إقراره عليه الصلاة والسلام على الشيء من جملة الأدلة، وقد أقرّ مجززاً على قوله فيكون حقّاً مشروعاً[12041]. وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقول القافة بحضرة الصحابة، فلم ينكره منكر فكان إجماعاً[12042].

٩٩٧٨ ـ اختلاف الفقهاء في القيافة:

اختلف الفقهاء في اعتماد القيافة والأخذ بقول القائف في إثبات النسب، فقد قال الإمام النووي: «اختلف العلماء في العمل بقول القائف فنفاه أبو حنيفة وأصحابه والثوري وإسحاق، وأثبته الشافعي وجماهير العلماء، والمشهور عن مالك إثباته في الإماء ونفيه في الحرائر، وفي رواية عنه إثباته فيهما»[12043]. وقد صرّح بالأخذ بقول القائف في إثبات النسب الحنابلة والشافعية والمالكية والظاهرية[12044].

٩٩٧٩ ـ حجة المانعين من الأخذ بالقيافة:

إن الحكم بقول القافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين، فإن الشبه يوجد بين الأجانب وقد ينتفي بين الأقارب، ولهذا روي عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال: يا رسول الله، إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال: هل لك من إبل؟ قال نعم. قال فما ألوانها؟ قال: حمر. قال فهل فيها من أورق؟ قال: نعم. قال: أنّى أتاها ذلك؟ قال: لعلّ عرقاً نزع» وأيضاً فلو كان الشبه كافياً لاكتفى به في ولد الملاعنة، ولجرى الحكم بموجبه ولم يشرع اللعان[12045].

وقالوا أيضاً: إنه لا حكم للقيافة مع قيام فراش الزوجية، فلا تكون معتبرة أيضاً عند عدم الفراش؛ ولأن القيافة لو كانت علماً لأمكن اكتسابه كسائر العلوم والصنائع.

٩٩٨٠ ـ الردّ على حجة المانعين:

أولاً: حديث مجزز المدلجي الذي رواه البخاري ومسلم صريح في دلالته على مشروعية القيافة والأخذ بقول القائف.

ثانياً: قول النبي ﷺ في ولد الملاعنة: «انظروها فإن جاءت به ـ أي بولدها ـ على وصف

(١٢٠٤٠) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٤١، «زاد المعاد» ج٤، ص١١٦.

(١٢٠٤١) «الفروق للقراني» ج٤، ص١٠٠.   (١٢٠٤٢) «المغني» ج٧، ص٦٩٧.

(١٢٠٤٣) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٤١.

(١٢٠٤٤) «المغني» ج٥، ص٦٩٧، «المحلىٰ» ج١٠، ص١٤٨، «مغني المحتاج» ج٤، ص٤٨٨، «الفروق» للقرافي ج٤، ص٢٩٩، «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي ج٢، ص١٠٨.

(١٢٠٤٥) «المغني» ج٥، ص٦٩٧.

كذا وكذا، فلا أراه إلا قد كذب عليها ـ أي زوجها في قذفها ـ وإن جاءت به على صفة كذا وكذا فهو الذي رميت به. فأتت به على النعت المكروه، فقال النبي ﷺ لولا الأيمان ـ أيمان اللعان ـ لكان لي ولها شأن». فقد حكم بالولد ﷺ للذي أشبهه منهما. وقوله ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان ـ أيمان اللعان ـ فإذا انتفى المانع وجب العمل بالشبه لوجود مقتضيه»[12046].

ثالثاً: وإن قيل إن عدم إقامة الحدّ على الملاعنة التي أتت بولد على الوصف المكروه يدل على عدم العمل بالشبه، وفي هذا دليل على عدم اعتبار القيافة؟ والجواب: أن الزنى لا يثبت إلا بأقوى البيِّنات وهي شهادة أربعة شهود، وليس كذلك النسب، فإنه يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت بمجرد الدّعوة، فيثبت كذلك بالقيافة وقول القائف. وعلى هذا فإن ضعف الاحتجاج بالشبه في إقامة حدّ الزنى لا يوجب ضعفه في الاحتجاج به في إثبات النسب للفرق فيما يثبت به كل منهما كما قلنا[12047].

رابعاً: إن الحكم بالقيافة حكم بظن غالب، ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فيها، فجاز الأخذ بقولهم كأخذنا بقول الخبراء والمقومين[12048].

خامساً: الحديث الذي احتجوا به على نفي القيافة وفيه أن الرجل قال لرسول الله ﷺ: إن امرأتي ولدت غلاماً أسود لا يدل على مدعاهم؛ لأن إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه، وعزمه على نفي نسبه منه لهذا السبب يدل على أن العادة خلافه، وأن في طباع الناس إنكاره، وأن ذلك يوجد نادراً، وإنما ألحقه النبي ﷺ به لوجود فراش الزوجية؛ ولأن ضعف حجة الشبه في نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثبات النسب؛ لأن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل[12049].

سادساً: أما عدم العمل بالقيافة مع قيام فراش الزوجة، فلأن قيام النكاح دليل أقوى من القيافة. وأما أنه لو كان علماً لأمكن تعلمه، فالجواب: أن القيافة قوة في النفس، وقوى النفس وخواصها لا يمكن اكتسابها كالإصابة بالعين[12050].

٩٩٨١ ـ القول الراجح:

والراجح قول القائلين بالقيافة؛ لأن الحديث النبوي الشريف المتفق عليه صريح بالأخذ

(١٢٠٤٦) «المغني» ج٥، ص٦٩٧ـ٦٩٨.

(١٢٠٤٧) «المغني» ج٥، ص٦٩٨.

(١٢٠٤٨) «المغني» ج٥، ص٦٩٨.

(١٢٠٤٩) «المغني» ج٥، ص٦٩٨ـ٦٩٩.

(١٢٠٥٠) «الفروق» للقرافي ج٤، ص١٠٢.

بالقيافة. ثم إن الأخذ بالقيافة يكون حيث لا يوجد دليل لإثبات النسب أو يوجد دليلان متعارضان حول إثبات النسب، ولا شك أن الأخذ بالقيافة في هذه الحالة أولى من عدم الأخذ به.

٩٩٨٢ ـ من حالات الأخذ بالقيافة[١٢٠٥١]:

أولاً: إذا ادّعى شخصان ولداً صغيراً مجهول النسب ذكراً كان أو أنثى ولا بيّنة لأحدهما على ادّعائه، أو كانت لهما بيّنتان متعارضتان عرض الولد معهما على القافة، فمن حكمت له القافة. ألحق به.

ثانياً: إذا اشترك اثنان في وطء امرأة فولدت ولداً يمكن أن يكون من كل منهما وتنازعاه ـ أي ادّعاه كل منهما أو أحدهما، فإنه يعرض معهما على القافة فبأيهما ألحقته لحق به. والاشتراك بالوطء يكون في حالات:

(منها): أن يطأ الاثنان امرأة بشبهة. (ومنها): أن يطأ زوجته ويطلقها فيطؤها آخر بشبهة أو بنكاح فاسد.

٩٩٨٣ ـ قول القافة ينقض النسب بالدِّعوة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولو ادّعى نسب لقيط إنسان، فألحق نسبه به لانفراده بالدِّعوة، ثم جاء آخر، فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع به عن الأول؛ لأنها بيّنة في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدِّعوة[١٢٠٥٢].

٩٩٨٤ ـ شروط القائف:

وإذا رجحنا قبول القيافة والأخذ بقول القائف فما هي شروطه؟

قال الشافعية: الشرط في القائف أن يكون مسلماً عدلاً مجرباً، والأصح في مذهب الشافعية اشتراط كونه حرّاً ذكراً كما هو الشرط في القاضي.

والقول الثاني عندهم لا يشترط في القائف أن يكون حراً ذكراً، بل يجوز أن يكون عبداً أو أنثى كالمغني»[١٢٠٥٣].

(١٢٠٥١) «المغني» ج٥، ص٦٩٧ـ٦٩٨، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٨، وج٤، ص٤٨٩.

(١٢٠٥٢) «المغني» ج٦، ص٧٠١، ويبدو لي أن الآخر الذي جاء ينازع الأول الذي حكم القاضي نسبه منه بناء على ادّعائه، ينبغي أن يدّعي هذا الآخر بأن القافة قد ألحقت اللقيط به وثبت هذا الادعاء وللقاضي إن بعرض اللقيط على القافة إذا لم يثبت هذا المدّعي إن القافة ألقحة به أو شك في ادّعائه أو في شهود إثباته.

(١٢٠٥٣) «مغني المحتاج» ج٤، ص٢٨٨ـ٢٨٩.

ولا يشترط في القائف أن يكون من بني مدلج، وهم قبيلة مجزز المدلجي الذي ورد ذكره في الحديث النبوي الشريف، بل يجوز أن يكون من سائر العرب والعجم؛ لأن المنظور إليه هو كونه خبيراً بالقيافة، وهذا المعنى غير مقصود على بني مدلج[١٢٠٥٤].

٩٩٨٥ ـ امتحان القائف للتأكد من خبرته:

قلنا إن من شروط القائف أن يكون مجرباً أي معروفاً بخبرته بالقيافة، وقد جرب فيها فعلاً فثبتت خبرته، فإذا لم يكن معروفاً بذلك أو شك القاضي بخبرته، فكيف يتأكد من ذلك؟ قال الشافعية: يُعرض على القائف ولد في نسوة ليس فيهن أُمّه، ثم يعرض عليه مرة أخرى، ثم مرة أخرى كذلك في نسوة فيهن أُمّه، فإن أصاب في الكل فهو مجرب ويصدق عليه اسم (قائف).

هذا وإن ذكر الأُمّ مع النسوة في امتحان التجربة ليس للتقييد، بل للأولوية إذ أن الأب مع الرجال كذلك.

وجاء في «الروضة» من كتب فقه الشافعية في كيفية التجربة أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أُمّه ثلاث مرات وفي الرابعة في نسوة فيهن أُمّه فإن أصاب في الكل فهو قائف[١٢٠٥٥].

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي فيما تعرف به معرفة القائف بالتجربة: أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال ليس فيهم من يدّعيه ويعرضون جميعاً على القائف، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله وفشل في الامتحان لجهله بالقيافة؛ لأنه تبيّن خطؤه، وإن لم يلحقه بواحد منهم عرضنا عليه الصبي مع عشرين رجلاً فيهم مدعيه، فإن ألحقه به لحقه؛ لأنه تبيّن لنا خبرته بالقيافة. ويمكن أن يكون الامتحان بأن يُعرض على مدّعي الخبرة بالقيافة صبي معروف النسب مع جماعة فيهم أبوه أو أخوه، فإذا ألحقه بقريبه علمت خبرته واعتبر أهلاً للقيافة، وإن ألحقه بغيره سقط قوله ولم يعتبر قائفاً. قال ابن قدامة الحنبلي: وهذه التجربة بعرض من ذكرنا على القائف للاحتياط في معرفة أهليته للقيافة، فإن كان مشهوراً بالقيافة والإصابة فيها في مرات كثيرة جاز الاعتماد على ذلك ولا حاجة لامتحانه[١٢٠٥٦].

٩٩٨٦ ـ هل يكفي قول قائف واحد؟

وإذا قبلنا قول القائف المجرّب، فهل يكفي قول قائف واحد لثبوت النسب المدّعى به؟ أم لا بدّ من اتفاق قائفين أو أكثر على هذا النسب؟

(١٢٠٥٤) «مغني المحتاج» ج٤، ص٤٨٨-٤٨٩.

(١٢٠٥٥) «مغني المحتاج» ج٤، ص٤٨٩.

(١٢٠٥٦) «المغني» ج٥، ص٦٩٩.

جاء في «المغني» في هذا السؤال وجوابه: «وهل يقبل قول واحد ـ أي قائف واحد ـ أولا يقبل إلا قول اثنين؟ ظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين؛ لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة. وقال القاضي ـ من الحنابلة ـ يقبل قول الواحد؛ لأنه حكم ويقبل في الحكم قول واحد[١٢٠٥٧].

وعند الشافعية لا يشترط التعدد للإثبات بالقيافة فيكفي قول قائف واحد لثبوت النسب وإلحاق مجهول النسب بمن يلحقه به القائف؛ لأن القائف في هذه المسألة كالقاضي وحكم القاضي يكفي لاعتباره صدوره من قاضٍ واحد، وهذا على القول الأصح عند الشافعية.

والقول الثاني في مذهبهم يشترط التعدد، فلا يكفي قول قائف واحد، بل لا بدّ من اتفاق اثنين من القافة فيما يقولون، كالمزكي للشهود وكالمقوم[١٢٠٥٨].

٩٩٨٧ ـ اختلاف القافة عند تعددهم:

وإذا اختلف القافة فقال أحدهم: هذا الصبي لهذا فينبغي أن يلحق به، . وقال قائف آخر: هذا الصبي لذاك فينبغي أن يلحق به، ففي هذه الحالة يسقط القولان لتعارضهما إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر. فإن كانوا ثلاثة فقال اثنان من القافة قولاً واحداً وخالفهم الثالث، فقول الاثنين هو المقبول؛ لأنه هو الأولى؛ لأنهما شاهدان فقولهما أقوى من قول الواحد. وإن عارض قول اثنين منهم قول اثنين آخرين من القافة سقط قول الجميع، وإن عارض قول الاثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح قول الثلاثة ويسقط الجميع كما لو كانت إحدى البيِّنتين من شاهدين، والبيِّنة الأخرى من ثلاثة شهود أو أكثر[١٢٠٥٩].

٩٩٨٨ ـ هل ينتقض قول القائف بقول قائف آخر:

إن ألحق القافة ولداً بمدّعيه ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان الولد لاحقاً بالأول؛ لأن نسبه ثبت من الأول بحجة معتبرة وهي قول القافة الأولى؛ لأن قول القائف يجري مجرى حكم الحاكم، ومتى حكم الحاكم بشيء لم ينتقض حكمه بمخالفة غيره له. وكذلك لو ألحقته القافة بمدّعيه، ثم عادت هي فألحقته بآخر كان نسب الولد ثابتاً من الأول بناء على قول القافة الأول، فلا ينتقض برجوعها عن قولها[١٢٠٦٠].

٩٩٨٩ ـ الحكم المبني على القيافة هل ينقض بالبيِّنة؟

(١٢٠٥٧) «المغني» ج٥، ص٧٠٠.

(١٢٠٥٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٨٩.

(١٢٠٥٩) «المغني» ج٥، ص٧٠٠.

(١٢٠٦٠) «المغني» ج٥، ص٧٠٠.

إذا صدر حكم الحاكم بثبوت نسب ولد من شخص معين بناء على قول القائف، فهل يجوز نقض هذا الحكم وإثبات نسب الولد إلى غير من نسب إليه أولاً بناء على بيّنة (شهادة شهود) تقدم إلى الحاكم؟

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى: «فأما إن ألحقته القافة بواحد، ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالأول، فإن أقام الآخر بيّنة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف؛ لأنه بدل، فيسقط بوجود الأصل كالتيمم مع الماء»[١٢٠٦١].

هذا ما ذكره ابن قدامة ـ رحمه الله تعالى ـ دون أن يفصل هل إن إلحاق القافة الأولى الولد بمن ألحقته به كان بناء على عرض الحاكم الولد عليها ومن ثم صدر حكم الحاكم بإلحاق الولد بمدّعيه بناء على قول القافة، أم أن المتنازعين عرضوا الولد على القافة دون اللجوء إلى الحاكم، فألحقته القافة بمن ألحقته به، ثم تقدم شخص إلى الحاكم ببيِّنة لإلحاقه به؟ لم يفصل ابن قدامة ذلك ويبدو لي، أن قوله يتسع للقول بأن حكم القاضي بثبوت نسب الولد بناء على قول القائف ينتقض هذا الحكم إذا تقدم أحدهم إلى الحاكم ببيِّنة تثبت نسب الولد منه.

٩٩٩٠ ـ والراجح عندي، أن القاضي ما دام ينظر قضية إلحاق نسب الولد بمدعيه ولم يصدر حكمه فيها، وإن عرضه على القائف، وجاء قول القائف بإلحاق الولد بمدّعيه أو بأحد مدّعي نسبه، فعلى الحاكم أن يأخذ بقول البيّنة في إثبات نسب الولد وإن خالف قول القائف ويصدر حكمه بناء على هذه البيّنة التي قدمها من يدّعي نسب الولد منه.

ولكن لو صدر حكم الحاكم بإلحاق نسب الولد بمدّعيه بناء على قول القافة، ثم جاء شخص يدّعي نسب الولد منه ويطعن بقول القافة ويطلب من الحاكم سماع بيّنته ونقض حكمه الأول والحكم له بنسب الولد منه بناء على بيّنته، فأرى عدم سماع بيّنة هذا المدّعي؛ لأن حكم الحاكم صدر بحجة معتبرة، فلا يجوز إعادة النظر في القضية، ولا تسمع البيّنة لنقض الحكم الصادر فيها؛ ولأن النسب إذا ثبت بحجة معتبرة، فلا يجوز رفعه ونقضه.

٩٩٩١ ـ هل يجوز إلحاق نسب ولد من اثنين؟

إذا ألحقت القافة نسب ولد من اثنين، فهل يعتبر هذا الإلحاق ويثبت نسب الولد منهما؟ كما لو ادّعى اثنان ولداً مجهول النسب فألحقته القافة بهما؟ والجواب: نعم يلحق نسبه منهما بناء على قول القافة، ويعتبر ابنهما من جهة الميراث فيرثهما ميراث ابن لكل منهما، ويرثانه

(١٢٠٦١) «المغني» ج٥، ص٧٠٠.

جميعاً ميراث أب واحد. وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما، وهو قول الحنابلة وأبي ثور[١٢٠٦٢].

ولكن الحنابلة صرّحوا بعدم جواز إلحاق الولد بأكثر من أمّ واحدة، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يلحق الولد بأكثر من أمّ واحدة، لأنه يستحيل أن يكون من أُمين، فإن ألحقته القافة بأكثر من أُمّ سقط قولها، ولم يلحق بواحدة منهما لتبين خطأ القافة؛ ولأن ليس إحداهما بأولى من الأخرى[١٢٠٦٣].

وعند الشافعية، لا يجوز إلحاقه بأكثر من واحد من المدّعين، فإذا ألحقته القافة باثنين سقط قولها ولم يحكم بثبوت النسب منهما، وإنما يوقف أمره إى أن يبلغ فيختار أحد المدّعيين نسبه فيلحق به. واحتج الشافعية لمذهبهم بأن هذا هو المروي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ، كما احتجوا بأنه لا يتصور أن يكون له أبوان، فإذا ألحقته القافة باثنين تبيّنا كذبها فسقط قولها كما لو ألحقته بأمّين؛ ولأن المدعيين لو اتفقا على ذلك أي على أن الولد هو ولدهما بالاشتراك لم يقبل اتفاقهما ولا يصير ولداً لهما، كما أنه لو ادّعاه كل واحد منهما وأقام بيّنة سقطت بيِّنتهما، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت هذا الإلحاق باتفاقهما أو عند تعارض بيِّنتهما.

واحتج الحنابلة لمذهبهم بأن المروي عن عمر وعلي ـ رضي الله عنهما ـ أن القائف إذا ألحق الولد باثنين جاز الإلحاق وهو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه.

وأما ما روي عن عمر خلافه، فهذا لا تعرف صحته، كما قال ابن قدامة الحنبلي، وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر، إما لعدم ثقتهما وإما لأنه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه، فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه[١٢٠٦٤].

٩٩٩٢ ـ إذا لم توجد القافة أو أشكل عليها الأمر:

أولاً: مذهب الحنابلة:

وإذا لم توجد قافة أو أشكل عليها الأمر أو تعارضت أقوالها، فلا يلحق نسبه بأحد المتداعيين، وهذا مذهب الحنابلة، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإن نفته القافة عنهم ـ أي نفت نسب الولد عن مدّعيه ـ، أو أشكل عليهم، أو لم توجد قافة أخرى يمكن الذهاب إليها ضاع نسبه؛ لأنه لا دليل لأحدهم أشبه مالم يُدَّع نسبه»[١٢٠٦٥].

(١٢٠٦٢) «المغني» ج٥، ص٧٠١.

(١٢٠٦٣) «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٨.

(١٢٠٦٤) «المغني» ج٥، ص٧٠١ـ٧٠٢.

(١٢٠٦٥) «كشاف القناع».

وقال أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة: يترك الولد حتى يبلغ فينتسب إلى من أحب منهما(١٢٠٦٦).

٩٩٩٣ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

أما مذهب الشافعية، فينتظر بلوغ الولد ثم يترك له الخيار في الانتساب إلى أحد الذين ادّعوا نسبه منهم، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «فإن لم يكن لواحد منهما ـ أي من المدّعين نسب الولد ـ بيِّنة أو كان لكل منهما بيِّنة وتعارضتا عرض مع المدعين على القائف، فإن لم يكن قائف أو كان ولكن تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما انتظر بلوغه وأُمر بالانتساب بعد بلوغه إلى من يميل طبعه الجبلي إليه منهما، فمن انتسب إليه منهما لحق به لما روى البيهقي بسند صحيح أن رجلين ادّعيا رجلاً لا يُدرى أيهما أبوه، فقال عمر ـ رضي الله عنه ـ اتبع أيهما شئت؛ ولأن طبع الولد يميل إلى والده ويجد به ما لا يجد بغيره»(١٢٠٦٧).

٩٩٩٤ ـ ادّعاء امرأتين نسب ولد:

إذا ادّعت امرأتان نسب ولد ولا بيِّنة لإحداهما، فإن الولد يعرض معهما على القافة. قال الإمام أحمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف، فقيل: يعرض على القافة؟ فقال ما أحسنه. ولأن الشبه يوجد بينهما وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه، بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته.

والكافرة والمسلمة والحرّة والأَمَة في الدعوى واحدة، كما قلنا في الرجل. وإن ألحقته القافة بأُمّين لم يلحق بهما، وبطل قول القافة؛ لأننا نعلم خطأها يقيناً. وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوّة؛ لأن الأمّ أحد الأبوين، فجاز أن يلحق باثنين كالآباء، وقد ردّ ابن قدامة على قول أصحاب الرأي بقوله: إن كون الولد منهما محال يقيناً، فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما، وفارق الرجلين فإن كونه منهما ممكن فإنه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة، فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة»(١٢٠٦٨).

٩٩٩٥ ـ تنازع امرأتين بادّعاء كل منهما ولد الأخرى:

إن ولدت امرأة ذكراً وولدت امرأة أخرى أنثى وادّعت كل واحدة منهما أن المولود الذكر ولدها

(١٢٠٦٦) «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٨.

(١٢٠٦٧) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٨ وج٤، ص٤٩٠.

(١٢٠٦٨) «المغني» ج٥، ص٧٠٤.

دون الأنثى، ففي هذه الحالة تُعرض المرأتان مع ولديهما على القافة، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به القافة. فإن لم توجد قافة اعتبر اللبن خاصة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى، أي إن لبن أُمّ الذكر يخالف لبن أُمّ الأنثى في طبعه وزنته، فقد قيل لبن الذكر أثقل من لبن الأنثى، فمن كان لبنها لبن الذكر فهو ولدها، والأنثى للأخرى. وإن كان الولدان ذكرين أو أنثيين، وادّعتا أحدهما تعيّن عرضه ـ أي عرض الولد المتنازع فيه على القافة، فيلحق بمن ألحقته بهما القافة[١٢٠٦٩].

٩٩٩٦ ـ هل يعتمد على تحليل الدم لإثبات النسب:

ذكرنا ما جاء في «كشّاف القناع» من جواز الاعتماد على لبن الأم من حيث طبيعته وصفته ووزنه لإثبات نسب الولد، وهنا نسأل: هل يجوز الاعتماد على تشابه فصيلة الدم بعد تحليله في كل من الولد المتنازع في نسبه وكلٍ من المدّعين نسبه، سواء كان المدّعون نسبه رجالاً أو نساءً؟ الجواب كما يبدو لي، جواز ذلك إذا كان من الثابت طبياً أنَّ دم الولد يشبه دم أبيه وأمه أو أحدهما. فهذه قرينة معتبرة لإثبات نسب الولد بناء عليها وإلحاقه بالرجل باعتباره أباه أو بالمرأة باعتبارها أمه بناء على تشابه الدم.

(١٢٠٦٩) «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٨-٤٣٩.

المبحث الحادي عشر

نسب اللقيط

٩٩٩٧ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

قد يكون من المفيد أن نقدم بعض الأحكام العامة المتعلقة باللقيط قبل الكلام عن نسبه وكيفية ثبوت هذا النسب، ومن هذه الأحكام العامة للقيط التعريف به، وحكم التقاطه وعلاقته بملتقطه وكيفية الإنفاق عليه وغير ذلك من الأحكام التي لكثير منها علاقة ببحث نسبه وكيفية إثبات هذا النسب، وما ليس له علاقة مباشرة بموضوع نسبه، فإن معرفته تبقى ذات صلة باللقيط ويكون ذكرها في هذا المبحث أولى من ذكرها في موضع آخر.

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف باللقيط وببعض أحكامه العامة.

المطلب الثاني: نسب اللقيط.

المطلب الأول

التعريف باللقيط وببعضِ أحكامه العامة

٩٩٩٨ ـ تعريف اللقيط:

أ ـ تعريفه في اللغة:

اللقيط في اللغة ما يُلْقط أي يرفع من الأرض فهو فعيل بمعنى مفعول مثل قتيل وجريح، والصبي المنبوذ يجده إنسان فهو اللقيط عند العرب، والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له المُلْتَقِط. وإنما سميّ به الولد المنبوذ أو المطروح أي الملقى على الطريق باعتبار أنه يلتقط عادة، أي يؤخذ ويرفع من الأرض، وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر سائغ في اللغة، جاء في كتاب الله العزيز: ﴿إنِّي أرَانِي أعْصِرُ خَمراً﴾، وقوله تعالى: ﴿إنَّكَ مَيِّتٌ وإنَّهم ميِّتون﴾ سمى

العنب خمراً والحي ميتاً باسم العاقبة لهما، فكذلك هنا النسبة لاسم اللقيط[12070].

ب ـ تعريف اللقيط في الاصطلاح الشرعي:

جاء في «نهـاية المحتاج» في فقه الشافعية: «اللقيط شرعاً طفل نبيذ ـ أو مطروح ـ بنحو شارع لا يُعرف له مدَّع»[12071].

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية أيضاً: «اللقيط صغير منبوذ في شارع أو في مسجد أو نحو ذلك، لا كافل له معلوم ولو مميزاً لحاجته إلى التعهد»[12072].

وجاء في «المبسوط» للإمام السرخسي في فقه الحنفية: «اللقيط في الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الريبة، ـ أي الزنى ـ»[12073].

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «اللقيط طفل لا يعرف نسبه ولا يعرف رقّه، نبذ ـ أي طرح ـ في شارع أو باب مسجد ونحوه، أو ضلّ الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز، وقيل والمميز لقيط أيضاً إلى البلوغ، وعليه الأكثر»[12074].

وفي «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية، وعرفه ابن عرفة المالكي بقوله: «اللقيط صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا رقّه»[12075].

٩٩٩٩ ـ عمر اللقيط:

يفهم من تعـريف الإمـام السرخسي في «المبسوط» الذي ذكرناه أن اللقيط طفل حديث الولادة؛ لأن أهله طرحوه أو نبذوه خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنى يستلزم أن يكون طرحه بعد ولادته ودون تأخير.

كما أن تعريف الشافعية للقيط شرعاً بأنه «طفل» يفهم منه أنه صغير غير مميز. . ولكنهم قالوا أيضاً في تعريفه «اللقيط صغير منبوذ». . . يفهم منه أنه قد يكون صغيراً مميزاً أو غير مميز؛ لأن كلمة (صغير) تصدق على الصغير المميز وغير المميز، ويؤيد أن الشافعية يريدون باللقيط الصغير ولو كان مميزاً قولهم: «ويجوز التقاط الصبي المميز؛ لأن فيه حفظاً له وقياماً بتربيته، بل لو خاف ضياعه لم يبعد وجوب التقاطه. وخرج بالصبي البالغ لاستغنائه عن الحفظ»[12076].

(١٢٠٧٠) «لسان العرب» ج٩، ص٢٦٨-٢٦٩، «البدائع» ج٦، ص١٩٧، «فتح القدير» ج٤، ص٧.

(١٢٠٧١) «نهاية المحتاج» ج٥، ص٤٤٤.

(١٢٠٧٢) «نهاية المحتاج» ج٢، ص٤١٨.

(١٢٠٧٣) «المبسوط» ج١٠، ص٣٠٩.

(١٢٠٧٤) «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣١.

(١٢٠٧٥) «الشرح الصغير» للدردير ج٢، ص٣٢٦.

(١٢٠٧٦) «نهاية المحتاج» ج٥، ص٤٤٥٨

ويفهم من قول الحنابلة كما جاء في «كشّاف القناع» أن الأصل في اللقيط ما كان عمره إلى سن التمييز، ولكن قيل في مذهبهم أن اللقيط قد يكون مميزاً إلى البلوغ وأن هذا القول أخذ به أكثر فقهائهم.

١٠٠٠٠ ـ القول الراجح في تعريف اللقيط وعمره:

والراجح في تعريف اللقيط وتحديد عمره ما ذهب إليه الحنابلة، فاللقيط يمكن أن يكون حديث الولادة ويمكن أن يكون صغيراً غير مميز أو مميزاً مالم يبلغ. كما أن اللقيط يمكن أن ينبـذه أهله لسبب ما كالفـرار من تهمة الزنى، كما يمكن أن يضيع من أهل بأن يضل طريق الوصول إليهم فيستوجب أخذه والتقاطه، على أن الغالب في اللقيط كونه حديث الولادة أو طفلاً غير مميز.

١٠٠٠١ ـ التعريف المختار للقيط:

وبنـاء على ترجيحنا لتعريف الحنابلة للقيط ومقدار عمره، يمكن أن نضع هذا التعريف للقيط فنقول: «اللقيط ولد حديث الولادة نبذه أهله، أو صغير لم يبلغ نبذه أهله أو ضاع منهم، وسواء كان ذكراً أو أنثى».

١٠٠٠٢ ـ اللقيط حرّ حتى يثبت العكس:

والأصل في اللقيط الحريّة، فهو حرّ ذكراً كان أو أنثى يثبت العكس، وهذا هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، فقد روي عنهما أنهما حكما بكون اللقيط حرّاً. ولأن الأصل هو الحـريّة في بني آدم؛ لأن الناس كلّهم أولاد سيدنا آدم عليه السلام وحواء وهما كانا حرّين، والمتولد من الحرّين يكون حرّاً وإنما حدث الرق لعارض، فيجب العمل بالأصل وهو الحريّة وكون اللقيط حرّاً، حتى يثبت العكس أو كونه رقيقاً. وأيضاً فإن الدار هي دار الإسلام، ودار الإسلام دار حجرية وإسلام فمن كان فيها فهو حرّ مسلم باعتبار الظاهر أو أنه حرّ باعتبار الغلبة؛ لأن الغالب فيمن يسكن دار الإسلام هم الأحرار المسلمين، والحكم للغالب[١٢٠٧٧].

ولهذا لو ادّعى ملتقط اللقيط أنَّ اللقيط ليس حرّاً وإنما هو عبده لم يصدق بعد أن عُرِف أنه لقيط؛ لأنه محكوم بحرّيته باعتبار الظاهر؛ ولأن الأصل هو الحريّة في بني آدم حتى يثبت العكس كما قلنا، فلا يبطل هذا الأصل بمجرد قول الملتقط؛ ولأن يد الملتقط يد حفظه، فلا

(١٢٠٧٧) «البدائع» ج٦، ص١٩٧ـ١٩٨، «المبسوط» ج١٠، ص٢٠٩ـ٢١٠، «الهداية» و«فتح القدير» ج٤، ص٤١٧، «كشاف القناع»، ص٤٣١، «المغني» ج٥، ص٦٧٩ـ٦٨٠، «المحلىٰ» ج١٠، ص٢٧٤.

يمكنه أن يحول يده إلى يد ملك بمجرد قوله من غير حجة[١٢٠٧٨].

١٠٠٠٣ ـ حكم التقاط اللقيط:

ذهب الحنفية إلى أن التقاط اللقيط أمر مندوب إليه لما فيه من إحياء اللقيط، وإن غلب على ظنّه ضياعه إن لم يلتقطه، فالتقاطه واجب[١٢٠٧٩].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن التقاط اللقيط واجب لقوله تعالى: ﴿وتَعاونُوا عَلى البِرِّ والتَّقوى﴾؛ ولأن في التقاطه إحياء نفس اللقيط فكان واجباً؛ ولأن اللقيط آدمي محترم، فوجب حفظه كإطعامه وإنجائه من الغرق إذا كان ذلك وسيلة دفع الهلاك عنه. إلا أن وجبو التقاطه من الواجبات الكفائية إذا قام به واحد سقط عن الباقين، فإن تركه الجميع أُثموا كلُّهم إذا علموا باللقيط فتركوه مع إمكان التقاطه، وإن لم يعلم باللقيط إلا واحد لزمه التقاطه، وهذا مذهب الجمهور من الحنابلة والشافعية والمالكية والظاهرية وغيرهم[١٢٠٨٠].

١٠٠٠٤ ـ الإشهاد على الالتقاط:

ذهب الشافعية في القول الأصح في مذهبهم، والمالكية والحنابلة في أحد القولين في مذهبهم إلى وجوب الإشهاد على التقاط اللقيط، وإن كان الملتقط ظاهر العدالة خوفاً من أن يسترقه وحتى يمكن أن يعرف نسبه مستقبلاً[١٢٠٨١].

والقول بوجوب الإشهاد هو الراجح ظاهر الرجحان، بل نرى ضرورة الإعلان عن التقاط اللقيط بكل وسيلة ممكنة حتى يشيع أمره، وحتى يصل خبره إلى أهله إن كان قد ضاع منهم، وحتى يتقدم من له علاقة بنسبه فيدّعيه.

١٠٠٠٥ ـ شروط الملتقط لبقاء اللقيط في يده:

يشترط في الملتقط جملة شروط حتى يمكن أن يترك اللقيط في يده ولا ينزع منه ويسلم إلى غيره ليقول بحفظه ورعايته، وهذه الشروط هي:

١٠٠٠٦ ـ الشرط الأول أن يكون الملتقط مسلماً:

(١٢٠٧٨) «المبسوط» للسرخسي ج١٠، ص٢٠٩ـ١٢١٠.

(١٢٠٧٩) «الهداية» و«فتح القدير» ج٤، ص٤١٧، «الدر المختار ورد المحتار» ج٤، ص٢٧٤.

(١٢٠٨٠) «المغني» ج٥، ص٦٧٩، «المحلىٰ» ج٨، ص٢٧٣ـ٢٧٤، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٨، «الشرح الصغير» للدردير ج٢، ص٣٢٦.

(١٢٠٨١) «المغني» ج٥، ص٦٧٩، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٩، «الشرح الصغير» للدردير ج٢، ص٣٢٦.

يشترط في الملتقط ليترك اللقيط في يده أن يكون مسلماً ذكراً كان أو أنثى إذا كان اللقيط مسلماً ذكراً كان أو أنثى؛ لأنه لا ولاية لكافر على مسلم؛ ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه. الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على معاني دينه وعقيدته وينشأ على ذلك كما ينشأ أولاده، وعلى هذا فإذا كان الملتقط كافراً واللقيط محكوم بإسلامه فإنه ينزع من يده ويسلم إلى مسلم حافظ أمين.

ولكن إذا كان اللقيط محكوماً بكفره وملتقطه كافر جاز ترك اللقيط في يده؛ لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض[١٢٠٨٢].

١٠٠٠٧ ـ الشرط الثاني: أن يكون بالغاً عاقلاً:

وهذا الشرط مفهوم ومعقول المعنى؛ لأن الصبي والمجنون عاجزان عن حفظ اللقيط ورعايته، فإذا التقطه أحدهما نزعه القاضي من يده وسلّمه لمن هو أهل لحفظه ورعايته[١٢٠٨٣].

١٠٠٠٨ ـ الشرط الثالث: أن يكون عدلاً أميناً:

ويشترط في الملتقط أن يكون عدلاً أميناً؛ لأن عمر رضي الله عنه أقرَّ اللقيط في يد ملتقطه عندما قال فيه من يعرفه: «إنه رجل صالح». فإذا التقط اللقيط من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أُقِرَّ اللقيط في يده؛ لأن حكمه حكم العدل الأمين في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الأحكام، فكذا في إقرار اللقيط في يده. ولأن الأصل في المسلم العدالة، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «المسلمون عدول بعضهم على بعض»[١٢٠٨٤]. فإن التقطه فاسق انتزعه القاضي منه وسلّمه إلى عدل أمين يقوم بحفظه ورعايته[١٢٠٨٥].

١٠٠٠٩ ـ ما يستحب للملتقط فعله:

ويُستحبُ للملتقط أن يخبر الإمام بالتقاطه؛ لأن في هذا الإخبار وسيلة لتحصيل نفقته من بيت المال، جاء في «المبسوط» للسرخسي: «وفي حديث الزهري عن سنين أبي جميلة، قال وجدت منبوذاً على بابي فأتيت به عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال عمر رضي الله عنه: هو حرٌّ ونفقته علينا، قال السرخسي تعليقاً على هذا الخبر: «وفي الحديث دليل أن الملتقط

(١٢٠٨٢) «المغني» ج٥، ص٦٩٠، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٨، «الشرح الصغير» للدردير ج٢، ص٣٢٨، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨٤، «الروضة البهية» ج٢، ص٢٣٩.

(١٢٠٨٣) «مغني المحتاج» ج٢، ص٦٨٨-٦٨٩، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨٤.

(١٢٠٨٤) «المغني» ج٥، ص٦٨٨، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٨.

(١٢٠٨٥) «مغني المحتاج» ج٢، ص٦٨٨-٦٨٩.

ينبغي له أن يأتي باللقيط إلى الإمام، وينبغي للإمام أن يعطي نفقته من بيت المال، وأنه يكون حرّاً كما قال عمر رضي الله عنه: «نفقته علينا وهو حرّ»[12086].

١٠٠١٠ - الملتقط أحقّ من غيره بإمساك اللقيط:

الملتقط الذي توافرت فيه الشروط المطلوبة لإقرار اللقيط في يده، هذا الملتقط أحقّ من غيره بإمساك اللقيط وبقائه في يده وبرعايته، فلا يكون لغيره الحقّ في انتزاعه من يده؛ لأنه هو الذي صار سبباً لإحيائه بالتقاطه؛ ولأنه مباح، والمباح يكون لمن سبقت يده إليه؛ لأنه أحقّ به[12087]، لقوله ﷺ: «من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحقّ به»[12088]، فإن نازعه أحد وقال أنا التقطته قبله ولا بيِّنة لأحدهما، وكان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه[12089].

١٠٠١١ - انتقال الملتقط بلقيطه[12090]:

من عناية الفقهاء باللقيط وشدة حرصهم على مصلحته أنهم بحثوا مسألة انتقال الملتقط باللقيط من محلّ التقاطه إلى محلّ آخر، ومدى تأثر مصلحة اللقيط بهذا الانتقال، وبالتالي بيَّنوا الحكم الواجب في حالات انتقال الملتقط بلقيطه، وخلاصة ما قرروه في هذه المسألة ما يأتي:

١٠٠١٢ - الحالة الأولى في الانتقال:

إذا كان انتقال الملتقط بلقيطه للسفر الطارىء الذي يعود بعده إلى محلّ إقامته، ففي هذه الحالة ينظر: إن كان الملتقط أميناً عدلاً اختبرت أمانته وعدالته جاز له أخذ اللقيط معه في السفر الطارىء. وإن لم يكن قد اختبرت أمانته وعدالته لم يكن له أخذ اللقيط معه في السفر الطارىء؛ ولأنه بهذا السفر يبعده عمن عرف حاله، فلا يؤمن أن يدَّعي رقَّه (أي كونه رقيقاً) ويبيعه. وعلى هذا، إذا أصرَّ على السفر انتزع منه. وهذا عند الشافعية وأحد القولين عند الحنابلة.

أما من عرفت عدالته وظهرت أمانته، فإن اللقيط يُقرّ في يد الملتقط في سفره كما يُقرّ في يده في إقامته؛ لأنه مأمون عليه وسفره طارىء يعود بعده، فليس سفره للإقامة في بلد آخر.

١٠٠١٣ - الحالة الثانية في الانتقال:

(١٢٠٨٦) «المبسوط» ج٣، ص٢١٠.

(١٢٠٨٧) «البدائع» ج٦، ص١٩٨، «الهداية» ج٤، ص١١٨.

(١٢٠٨٨) «المغني» ج٥، ص٦٩٢. (١٢٠٨٩) «المغني» ج٥، ص٦٩٢.

(١٢٠٩٠) «المغني» ج٥، ص٦٨٨-٦٩٠، «مغني المحتاج» ص٤١٩ - ٤٢٠.

انتقال الملتقط باللقيط إلى بلد آخر يقيم فيه، وفي هذه الحالة يُتبع ما يأتي:

أ ـ إن كان الملتقط قد التقط اللقيط في الحضر ـ أي في المدن والقرى ـ وأراد النقلة إلى البادية، فليس له في هذه الحالة الانتقال باللقيط إلى البادية لسببين:

الأول: إن مقامه في الحضر أصلح للقيط في دينه ودنياه حيث يستطيع اللقيط أن يتعلم أمور دينه، ويتعلم بعض الصنائع، كما أن المقام في الحضر أرفه له نظراً لخشونة العيش في البادية.

السبب الثاني: أنه إذا وجد اللقيط في الحضر، فالظاهر أنه ولد فيه، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به.

ب ـ إذا أراد الملتقط النقلة باللقيط إلى بلد آخر من بلدان الحضر ففيه وجهان عند الحنابلة:

الأول: لا يُقرّ اللقيط في يده، بل ينزع منه ويسلم إلى حافظ أمين في بلد الالتقاط؛ لأن بقاء اللقيط فيه أرجى لكشف نسبه، فلا يُقرّ في يد المنتقل عنه قياساً على المنتقل به إلى البادية.

والوجه الثاني: يُقرّ اللقيط في يده ويسمح له بالانتقال به؛ لأن ولايته على اللقيط ثابتة، والبلد الثاني كالأول في الرفاهية، فهو في هذه النقلة كما لو انتقل من أحد جانبي البلد إلى الجانب الآخر، وهذا الوجه هو القول الأصح عند الشافعية.

١٠٠١٤ ـ الحالة الثالثة في الانتقال:

وإن التقطه الملتقط في البادية، فله نقله إلى الحضر؛ لأنه ينقله إلى ما هو خير له من الرفاهية في العيش والدعة وإمكان تعلمه أمور الدين وصنائع الدنيا.

١٠٠١٥ ـ الحالة الرابعة في الانتقال:

إن التقطه بدوي من البادية، وأراد البدوي الانتقال به مع أهل البادية طلباً للمرعى، فاللقيط يبقى في يد ملتقطه؛ لأن الظاهر أنه ولد من أبوين بدويين، وإقراره في يد ملتقطه البدوي أرجى لكشف نسبه، وإن تنقل به ملتقطه مع جماعته طلباً للمرعى. ويحتمل أخذ اللقيط من ملتقطه وتسليمه إلى أمين عدل يعيش في قرية أو بلدة؛ لأنه أرفه له وأخف عليه.

وأرى ترك الأمر إلى القاضي ليقرر في كل مسألة على حدة ما هو الأصلح للقيط: بقاؤه بيد ملتقطه في تنقله مع جماعته طلباً للمرعى، أم انتزاعه منه وتسليمه إلى أمين في بلدة أو قرية؟

١٠٠١٦ ـ الشرط في انتزاع اللقيط من ملتقطه عند انتقاله:

وكل موضع قلنا فيه ينزع اللقيط من ملتقطه، فإن هذا الانتزاع مشروط بوجود من يدفع إليه اللقيط ممن هو أولى بالحفظ من ملتقطه. فإن لم يوجد من يقوم بتسلمه وحفظه، أُقِرّ في يد ملتقطه؛ لأن إقراره في يده مع قصوره أولى من إهلاكه. وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه، فملتقطه أولى به وبإمساكه وبقائه عنده، إذ لا فائدة للقيط في نزعه من يده ودفعه إلى مثله في الحفظ والرعاية.

١٠٠١٧ ـ الاشتراك في التقاط اللقيط[١٢٠٩١]:

وإن اشترك اثنان في التقاط اللقيط بأن تناولاه تناولاً واحداً فالحكم في هذه الحالة على التفصيل الآتي:

أ ـ إذا كان أحدهما ممن يُقرّ اللقيط في يده كالمسلم العدل الحرّ، والآخر ممن لا يُقرّ في يده كالكافر إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه، ففي هذه الحالة يُسلَّم اللقيط إلى من يُقر في يده وتكون مشاركة الآخر له في التقاطه كعدمها، لأنه لو التقطه وحده لم يُقرّ في يده فإذا شاركه في التقاطه من هو أهل لإقرار اللقيط في يده كان هو الأحق به.

ب ـ أن يكون الاثنان جميعاً ممن لا يقر في يد واحد منهما، فإنه ينزع منهما ويسلم إلى غيرهما.

جـ ـ أن يكون كل منهما ممن يقرّ في يده لو انفرد بالتقاطه، ففي هذه الحالة يجري الترجيح بينهما على أساس ما هو الأنفع للقيط، فما هي هذه المرجحات؟

١٠٠١٨ ـ أوجه الترجيح في تسليم اللقيط[١٢٠٩٢]:

قلنا إن الترجيح في تسليم اللقيط لأحد ملتقطيه إذا كان كلاهما أهلاً لإمساكه، هذا الترجيح يقوم على أساس ما هو الأنفع والأصلح للقيط، ونذكر فيما يلي المرجحات أو أوجه الترجيح في تسليم اللقيط:

الوجه الأول: يرجح الملتقط الغني على الفقير، وهذا هو مذهب الحنابلة، والقول الأصح عند الشافعية؛ لأن الغني قد يواسي اللقيط بماله، فكان تسليمه إليه أنفع له.

الوجه الثاني: يرجح المُعدَّل باطناً بكونه مُزكى عند القاضي، على عدل مستور الحال ـ أي عدل ظاهراً بأن لم يعلم فسقه ولا تزكيته عند القاضي ـ.

(١٢٠٩١) «المغني» ج٥، ص٦٩٠-٦٩٢.

(١٢٠٩٢) «المغني»ج٥، ص٦٩٠-٦٩٢، «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٤، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٩.

الوجه الثالث: يرجح المقيم في بلده على المسافر.

الوجه الرابع: يرجح الحضري على البدوي، والبصير على الأعمى، والسليم على المجذوم والأبرص، وهذا ما صرّح به الشافعية.

١٠٠١٩ ـ هل إسلام الملتقط من أوجه الترجيح؟

وإذا كان أحد الملتقطين مسلماً والآخر كافراً وكان اللقيط محكوماً بكفره، فهل يكون إسلام أحدهما مرجحاً له في تسلم اللقيط دون الآخر، أم لا ترجيح له عليه من ناحية إسلامه؟

قال الشافعية: لا ترجيح للمسلم على الكافر إذا كان اللقيط محكوماً بكفره؛ لأن للكافر ولاية على الكافر ويقرّ اللقيط المحكوم بكفره في يده إذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك، وهذا أيضاً قول كثير من الحنابلة، ولكن ابن قدامة الحنبلي قال: «المسلم أحقّ من الكافر باللقيط، فيجب تسليمه إليه وعلّل ذلك بأن تسليمه إلى المسلم أنفع للقيط؛ لأنه قد يصير مسلماً بكفالة المسلم ورعايته له فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار، فالترجيح بإسلام الملتقط أولى من الترجيح بالغنى إذ قد يكون الملتقط الغني بخيلاً فلا يحصل المقصود بغناه، وإذا كان الملتقط المسلم فقيراً والملتقط الآخر الكافر غنياً، فالمسلم أولى باللقط؛ لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيسار الكافر.

١٠٠٢٠ ـ هل ترجح المرأة على الرجل في إمساك اللقيط؟[١٢٠٩٣]:

وإذا كان المشتركان في التقاط اللقيط رجلاً وامرأة، فهل ترجح المرأة على الرجل فيدفع إليها اللقيط بعد أن تساويا في استحقاق تسلم اللقيط وإمساكه؟

قال الشافعية والحنابلة المرأة والرجل سواء، فلا تقدم عليه وعلّلوا ذلك بأن إمساك اللقيط لا يقوم على ما هو منظور إليه في حضانة الطفل حيث تقدم المرأة في حضانته على الرجل، وتوضيح ذلك أن المرأة تقدم على الرجل في حضانة الطفل لقرابتها من الطفل المقتضية لشفقتها عليه؛ ولأنها تحضنه بنفسها بخلاف الرجل.

وفي مسألة اللقيط كلاهما أجنبي عن اللقيط فيستويان فيه، إذ إن الرجل يكفله بأجنبية كما هي أجنبية عنه. ولكن الشافعية قدموا المرأة على الرجل إذا كانت مرضعة واللقيط رضيع.

١٠٠٢١ ـ والذي أراه هو ترجيح المرأة على الرجل إذا كان اللقيط رضيعاً والمرأة يمكنها

(١٢٠٩٣) «المغني» ج٥، ص٦٩٢، «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٤، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٩، «البدائع» ج٦، ص١٩٩، «نهاية المحتاج» ج٥، ص٤٨٧.

أن ترضعه بنفسها، أو كان طفلاً صغيراً؛ لأن المرأة أقدر على حضانته ورعايته من الرجل كما هو معروف، أو كان اللقيط أنثى لأن تربية المرأة للأنثى أولى من الرجل، ففي هذه الحالات ينبغي ترجيح المرأة على الرجل ما دام أن الترجيح يقوم على أساس ما هو الأنفع للقيط، والمرأة في هذه المواضيع أنفع له من الرجل. على أن يلاحظ أن إمساك المرأة للقيط وترجيحها على الرجل في هذه المواضع مشروط فيه إذن زوجها له في إمساكه إن كانت ذات زوج؛ لأن إمساكها للقيط وتربيته ورعايته قد يؤثر ذلك في استيفاء الزوج حقّه منها بموجب عقد النكاح.

١٠٠٢٢ ـ استواء الملتقطين في أوجه الترجيح:[١٢٠٩٤]

فإن استوى المشتركان في التقاط اللقيط في أوجه الترجيح فهما فيه سواء، فإن رضي أحدهما بإسقاط حقّه وتسليم اللقيط إلى صاحبه جاز؛ لأن الحقّ له فلا يمنع من الإيثار به، وإن تشاحا أقرع بينهما لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقونَ أَقْلامَهُم أَيُّهُمْ يَكفُلُ مَرْيم﴾، فورد ذكر الله تعالى الاقتراع في كفالة مريم دون إنكار، فدلّ ذلك على أنه شرع لنا حيث لم يرد في شرعنا ما ينسخه، فمن تعين منهما بالقرعة كان وحده المستحق للقيط[١٢٠٩٥].

١٠٠٢٣ ـ نفقة اللقيط والأصول التي تحكمها:

اللقيط نفس محترمة، فلا يجوز تركه وإهماله له وتعريضه للهلاك بعدم الانفاق عليه، فمن المسؤول عن الإنفاق عليه على وجه الوجوب والإلزام، وما الأصول العامة التي تحكم موضوع نفقة اللقيط؟ للجواب على ذلك يتبيّن من عرض هذه الأصول العامة في نفقة اللقيط.

١٠٠٢٤ ـ الأصول العامة في نفقة اللقيط:

أ : الأصل الأول:

الأصل أن نفقة كل إنسان في ماله إلاّ الزوجة نفقتها على زوجها وإن كانت ذات مال. فنفقة اللقيط في ماله العام أو الخاص وماله العام كغلة الوقف على اللقطاء، وماله الخاص ما اختص به كثياب ملفوفة عليه أو مفروشة تحته، وما في جيبه من دراهم ودنانير أو حلي أو مشدودة عليه، أو دابة مشدود عليها أو خيمة موضوع فيها ونحو ذلك[١٢٠٩٦].

ب ـ الأصل الثاني في نفقة اللقيط:

(١٢٠٩٤) «المغني» ج٥، ص٦٩١، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٩، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨٧-٢٨٨.

(١٢٠٩٥) «المغني ج٥، ص٦٩١، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤١٩، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨٧-٢٨٨.

(١٢٠٩٦) «المغني» ج٥، ص٦٨٤، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٠-٤٢١.

إذا لم يوجد للقيط مال خاص ولا مال عام، فلا يلزم الملتقط بالإنفاق عليه في قول عامة أهل العلم؛ وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية في حقّ الملتقط نحو اللقيط فلا تجب عليه[12097].

ولكن المالكية يوجبون على الملتقط الانفاق على اللقيط إذا لم يكن للقيط مال خاص به، ولم يتيسر أخذ نفقته من بيت المال، ويعلّلون ذلك الإلزام على الملتقط بأنه بالتقاطه اللقيط، فقد التزم بالإنفاق عليه إن لم يكن له مال ولم يتيسر الإنفاق عليه من بيت المال، ويستمر هذا الإلزام على الملتقط إلى بلوغ اللقيط قادراً على الكسب، وإن كان اللقيط أنثى فإلى أن تتزوج ويدخل بها الزوج، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الصاوي عليه» في فقه المالكية: «ونفقة اللقيط وحضانته واجبة على ملتقطه حتى يبلغ ويصبح قادراً على الكسب، هذا إذا كان اللقيط ذكراً، فإن كان أنثى فإلى دخول الزوج البالغ بها، ولا رجوع له، أي للملتقط عليه أي على اللقيط، لأنه بالتقاطه ألزم نفسه بذلك، وهذا كلّه إذا لم يُعطَ اللقيط ما يكفيه من بيت المال، فإن أُعطي منه لم تجب النفقة على الملتقط. فعلم تقديم ماله ـ أي مال اللقيط في نفقته ـ ثم بيت المال، ثم الملتقط»[12098].

جـ ـ الأصل الثالث في نفقة اللقيط:

وإذا لم يوجد مال عام ولا خاص للقيط، ولم ينفق عليه أحد لا الملتقط ولا غيره لا على وجه التبرع ولا بإذن القاضي، فنفقته على بيت المال؛ لأن بيت المال يرث اللقيط، فكان مال اللقيط مصروفاً إليه والغنم بالغرم[12099].

وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن التقط لقيطاً: «اذهب فهو ـ أي اللقيط ـ حرٌّ ولك ولاؤه وعلينا نفقته، وفي رواية: من بيت المال»[12100].

وفي «الطبقات الكبرى» لابن سعد: «وكان عمر رضي الله عنه، إذا أُتي باللقيط فرض له مائة درهم، وفرض له رزقاً يأخذه وليّه كل شهر ما يصلحه، ثم ينقله من سنة إلى سنة ـ أي يغير عطاءه من سنة إلى سنة نظراً إلى سنه. وكان عمر رضي الله عنه يوصي بهم ـ أي باللقطاء ـ خيراً ويجعل رضاعهم ونفقتهم من بيت المال»[12101].

(12097) «المغني» ج5، ص683.

(12098) «الشرح الصغير» للدرادير و«حاشية الصاوي» ج2، ص326-327.

(12099) «المغني» ج5، ص683، «البدائع» ج6، ص199، «مغني المحتاج» ج2، ص421.

(12100) «المغني» ج5، ص683.

(12101) «الطبقات الكبرى» لابن سعد ج3، ص214.

وما ينفقه بيت المال على اللقيط لا رجوع له على اللقيط بما أنفقه؛ لأن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة في ذلك فأجمعوا على أن نفقته في بيت المال[١٢١٠٢].

د ـ: الأصل الرابع في نفقة اللقيط:

وإذا تعذر الإنفاق على اللقيط من بيت المال لكونه لا مال فيه أو كان اللقيط في مكان لا إمام فيه، فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاق عليه لقول الله تعالى: ﴿وَتَعاونُوا على البرِّ والتَّقوى﴾؛ ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه واجب كإنقاذه من الغرق، وهذا فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين، فإن تركه الكل أُثموا[١٢١٠٣].

وعند المالكية، إذا تعذر الإنفاق على اللقيط من بيت المال، وجب على الملتقط الإنفاق عليه، وقد ذكرنا ذلك قبل قليل[١٢١٠٤].

وعند الشافعية، إذا تعذر الإنفاق على اللقيط من بيت المال لعدم وجود شيء فيه أو كان ولكن هناك ما هو أهم من ذلك: كسدّ ثغر يعظم ضرره لو ترك، أو حالت الظلمة دون الأخذ من بيت المال للإنفاق على اللقيط، ففي هذه الأحوال يقترض الإمام من المسلمين في ذمة اللقيط، فإن تعذر الاقتراض قام المسلمون بالإنفاق على اللقيط على وجه الوجوب عليهم والكفاية له، ويثبت لهم الرجوع على اللقيط بما أنفقوا عليه ويقسطها الإمام على الأغنياء منهم ويجعل نفسه منهم. فإذا ظهر للقيط مال أو اكتسبه فالرجوع عليه. فإن لم يظهر للقيط مال ولا كسب فالرجوع على بيت المال من سهم الفقراء أو الغارمين بحسب ما يراه الإمام. وسواء فيما ذكرنا اللقيط المحكوم بإسلامه أو بكفره على الأصح عند الشافعية[١٢١٠٥].

١٠٠٢٥ ـ الولاية على اللقيط للسلطان:

الولاية على اللقيط في ماله ونفسه للسلطان أو نائبه لما روي في حديث رسول الله ﷺ: «السلطان وليّ من لا وليّ له» أما الملتقط، فليس له إلا حقّ التربية والحفظ لكونه منفعة محضة في حقّه، وبهذا السبب لا تثبت له الولاية[١٢١٠٦].

١٠٠٢٦ ـ ما يترتب على عدم ولاية الملتقط على اللقيط:

(١٢١٠٢) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢١.
(١٢١٠٣) «المغني» ج٥، ص٦٨٣.
(١٢١٠٤) الفقرة ١٠٠٢٤ـ ب.
(١٢١٠٥) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢١.
(١٢١٠٦) «المبسوط» ج١٠، ص٢١٣، «البدائع» ج٦، ص١٩٩.

ويترتب على ما قلناه من أن الولاية على اللقيط للسلطان وليس للملتقط، ما يأتي:

أولاً: لا يملك الملتقط ولاية تزويج اللقيط ذكراً كان أو أنثى ولا التصرف في ماله؛ لأنه لا ولاية له عليه لانعـدام سببها من قرابة وغيرها وإنما الذي يملك الولاية في هذه الأمور هو السلطان أو نائبه، فله أن يزوج اللقيط ويتصرف في ماله(١٢١٠٧).

ثانياً: لا ينفق الملتقط على اللقيط من مال اللقيط إلّا بإذن القاضي؛ لأنه لا ولاية له في التصرف بماله على ما صرّح به الشافعية والجعفرية(١٢١٠٨)، وهو مقتضى مذهب الأحناف؛ لأنهم يجعلون الولاية على اللقيط في نفسه وماله للسلطان.

وقال الحنابلة: للملتقط الإنفاق على اللقيط مما وجد معه من مال بغير إذن القاضي؛ لأن له ولاية على ماله، ولكن المستحب إنفاق الملتقط عليه بإذن القاضي إن وجد؛ لأنه أبعد من التهمة وفيه خروج من الخلاف، وينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كوليّ اليتيم(١٢١٠٩).

١٠٠٢٧ ـ ما يملك الملتقط فعله للقيط:

يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للقيط ويسلمه في صناعة أو يؤاجره؛ لأن ذلك ليس من باب الولاية عليه، بل من باب إصلاح حاله وإيصال المنفعة المحضة إليه من غير ضرر فأشبه إطعامه وغسل ثيابه(١٢١١٠).

وجاء في «الدّر المختار» في فقه الحنفية في علاقة الملتقط باللقيط: «ويدفعه في حرفة». وقال ابن عابدين في «ردّ المحتار» تعليقاً على هذه العبارة: «بقي أن يقال ما قيل في وصي اليتيم أنه يعلّمه العلم أولاً، فإن لم يجد فيه قابلية سلّمه لحرفة»(١٢١١١).

١٠٠٢٨ ـ ميراث اللقيط:

إذا مات اللقيط ولا وارث له بفرض ولا تعصيب ولا زوجة، فميراثه لبيت المال لا لملتقطه؛ لأنه مسلم ليس له وارث معين، فيرثه جماعة المسلمين فيوضع ماله الموروث عنه في بيت المال

(١٢١٠٧) «المبسوط» ج١٠، ص٢١٣، «البدائع» ج٦، ص١٩٩.

(١٢١٠٨) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢١، «نهاية المحتاج» ج٥، ص٤٥١، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨٥-٢٨٦.

(١٢١٠٩) «المغني» ج٥، ص٦٨٥-٦٨٦، «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٣.

(١٢١١٠) «البدائع» ج٦، ص٨١٩٩

(١٢١١١) «الدر المختار ورد المحتار» ج٤، ص٢٧٤.

فهو بيت مال المسلمين[12112].

ولو كان للقيط المتوفى زوجة، فلها الربع والباقي لبيت المال. وإن كانت لقيطة متوفاة ولها زوج، فله النصف من ميراثها إن لم يكن لها ولد والباقي لبيت المال[12113].

المطلب الثاني

نســب اللقيــط

١٠٠٢٩ ـ ثبوت نسب اللقيط بالدِّعوة:

الدِّعوة بنسب اللقيط هي أن يدّعي إنسان نسب اللقيط منه. فهي تعني إقرار المدعي بنسب اللقيط منه. فإذا ادّعى شخص أن هذا اللقيط ولده وكان يمكن أن يولد منه، فإن دعواه تسمع ولو من غير بيّنة ويثبت نسب اللقيط منه.

جاء في «البـدائع» للكاساني: «اللقيط مجهول النسب ولهذا لو ادّعى إنسان نسبه تصح دعوته ويثبت نسبه منه»[12114].

وفي «كشّاف القناع» وإن أقرّ إنسان مسلم أو ذمي أن اللقيط ولده، ويمكن كونه منه حرّاً كان المقرّ أو رقيقاً رجلاً كان أو امرأة حيّاً كان اللقيط أو ميتاً أُلحِقَ به أي بالمقِرّ»[12115].

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «أن يدّعيه واحد ينفرد بدعواه، ينظر فإن كان المدّعي رجلاً مسلماً حرّاً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه. وإن كان المدّعي ذمياً لحق به، وقال أبو ثور: لا يلحق به؛ لأنه محكوم بإسلامه»[12116].

١٠٠٣٠ ـ خلاف المالكية في ثبوت نسب اللقيط بالدِّعوة:

وقد خالف المالكية الجمهور في ثبوت نسب اللقيط بمجرد دعوته، فقد قالوا: «ولا يلحق اللقيط شرعاً بملتقطه ولا غيره إن ادّعاه إلا ببيّنة له بأنه ولده، فإن أقامها لحق به، سواء كان اللقيط محكوماً بإسلامه أو بكفره.. أو بـ (وجه) كمن عرف أنه لا يعيش له ولد، فزعم أنه ولده وإنما طرحه لما سمع أنه إذا طرح الجنين عاش، أو طرحه لغلاء ونحوه مما يدل على صدقه،

(١٢١١٢) «المبسوط» ج١٠، ص٢١٣، «المغني» ج٥، ص٦٨٦، «الشرح الصغير» للدردير ج٢، ص٣٢٧، «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨٦، هامش(١).

(١٢١١٣) «المغني» ج٥، ص٦٨٧، «كشاف القناع» ج٧٢ ص٤٣٥.

(١٢١١٤) «البدائع» ج٦، ص١٩٨.

(١٢١١٥) «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٦-٤٣٧.

(١٢١١٦) «المغني» ج٥، ص٦٩٤.

فيلحق بصاحب (الوجه) المدعي أنه ولده[١٢١١٧].

١٠٠٣١ ـ لماذا يثبت النسب بمجرد الدّعوة؟

وقـد يسأل البعض كيف يمكن أن يثبت نسب اللقيط ممن ادّعاه بمجرد ادّعائه بلا بيِّنة؟ والجواب؛ أن ادّعاء نسب اللقيط ممن يمكن أن يكون منه هو محض نفع للقيط بثبوت نسبه بلا مضرّة فيه على غيره، فقبل هذا الادّعاء أو هذا الإقرار كما لو أقرّ له بمال[١٢١١٨].

وفي «البدائع» للكاساني في تعليل ثبوت نسب اللقيط بمجرد الدّعوة مع أن القياس لا يثبت نسبه إلا بالبيِّنة، فقال الكاساني رحمه الله تعالى: «ثبت نسبه ـ أي نسب اللقيط ـ بنفس الدّعوة استحسـاناً، والقياس أن لا يثبت. (وجه) القياس أنه ـ أي المدّعي ـ ادّعى أمراً جائز الوجود والعدم، فلا بدّ لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة.

(وجه) الاستحسان، أن المدّعي عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت، وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسيناً للظنّ به وهو الأصل إلا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير، وهنا في التصديق نظر ـ مصلحة ومنفعة ـ من الجانبين: جانب اللقيط بالوصول إلى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدّعي بحصول ولد له يستعين به على مصالحه الدِّينية والدُّنيوية، وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب»[١٢١١٩].

١٠٠٣٢ ـ ثبوت نسب اللقيط بالدّعوة من الملتقط وغيره[١٢١٢٠]:

ونسب اللقيط ممن ادّعاه يثبت بنفس دعوته، سواء كان المدّعي الملتقط نفسه أو غيره. وثبوت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة هو على سبيل الاستحسان، والقياس أن لا يثبت إلا ببيِّنة.

(وجه) القياس، أن ادّعاءه نسب اللقيط منه يستلزم التناقض؛ لأنه ـ أي الملتقط ـ لما ادّعى أنه لقيط كان نافياً نسبه؛ لأن ولده لا يكون لقيطاً في يده، فلما ادّعاه كان ذلك منه تناقض.

(وجه) الاستحسان، أن في هذا الادّعاء ـ ادّعاء الملتقط ـ نفعاً ظاهراً للقيط بثبوت نسبه وبوجوب نفقته على المدّعي بلا ضرر على أحد.

(١٢١١٧) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج٢، ص٣٢٧-٣٢٨.

(١٢١١٨) «المغني» ج٥، ص٦٩٤، «كشاف القناع» ج٢، ص٤٣٧.

(١٢١١٩) «البدائع» ج٦، ص٢٥٢.

(١٢١٢٠) «البـدائع» ج٦، ص٢٥٢، «المبسوط» ج١٠، ص٢١١-٢١٢، و«الهداية» و«العناية» و«فتح القدير» ج٤، ص٤١٩.

وأما التناقض، فإنه لا يضر في دعوى النسب، فلا يمنع ثبوت النسب بالدعوة كالملاعن إذا أكذب نفسه، فإن نسب ولده يثبت منه؛ وهذا لأن سببه مما يخفى، فربما اشتبه عليه الأمر في الابتداء، فظنّ أنه لقيط، ثم تبيّن له أنه ولده.

وكذلك يثبت نسب اللقيط ممن ادّعاه وإن كان غير الملتقط وسواء صدقه الملتقط أو لم يصدقه، وهذا على سبيل الاستحسان، والقياس أن لا يثبت نسبه إذا كذّبه الملتقط ولم يصدقه.

(وجه) القياس، أن هذا إقرار تضمن إبطال يد الملتقط؛ لأن يده عليه ثابتة حقيقة وشرعاً حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه لم يكن له ذلك، والإقرار إذا تضمن إبطال يد الغير أو حقه لا يصح.

(وجه) الاستحسان أن يد المدّعي أنفع للصبي من يد الملتقط؛ لأنه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب، فكان المدّعي به أولى من الملتقط. وهذا سواء كان المدعي مسلماً أو ذمياً استحساناً، (والقياس) أن لا تصح دعوة الذمي.

(وجه) القياس، أنّا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه، للزمنا استتباعه في دينه، وهذا يضر فلا تصح دعوته.

(وجـه) الاستحسان أنه ادّعى أمرين يمكن أن ينفصل أحدهما عن الآخر: وهما النسب والتبعية في الدين، إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه، ألا يرى أنه لو أسلمت أمّه يحكم بإسلامه وإن كان أبوه كافراً، فيصدق فيما ينفعه، ولا يصدق فيما يضرّه ويكون مسلماً.

١٠٠٣٣ ـ ومذهب الحنابلة والشافعية في ثبوت النسب من مدّعيه الملتقط أو غيره كمذهب الحنفية الذي بيّناه، وسواء كان المدّعي مسلماً أو ذمياً[١٢١٢١].

إلّا أن الشافعية قالوا: يُسَنُّ للقاضي أن يقول للملتقط الذي يدّعي نسب اللقيط: من أين هو ولدك؟ من أَمَتك أو زوجتك أو شبهة؟ فإنه قد يتوهم أن الالتقاط يفيد النسب، بل ينبغي كما قال الزركشي وجوبه إذا كان المستلحق ممن يجهل ذلك احتياطاً للنسب[١٢١٢٢].

١٠٠٣٤ ـ هل يثبت نسب اللقيط من المرأة بالدعوة؟

قلنا إن نسب اللقيط يثبت بالدّعوة بأن يدّعي شخص نسب لقيط منه، فهل يلحق نسب

(١٢١٢١) «المغني» ج٥، ص٦٩٤، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٢، ٤٢٧.

(١٢١٢٢) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٧.

اللقيط بالمرأة أيضاً إذا ادّعت نسبه منها بلا بيّنة؟ اختلاف وتفصيل في هذه المسألة نوجزه في الآتي.

أولاً: مذهب الحنفية:

جاء في «البدائع» للكاساني: لو ادّعت اللقيط امرأة أنه ولدها، فقد ذكر في الأصل أنها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البيِّنة أنها ولدته وإن أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت إذا كانت حرّة عدلة.. وهكذا أطلق الجواب في الأصل ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا، فمن مشايخ الحنفية من حمل هذا الجواب على ما إذا كان لها زوج؛ لأنه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير، فلا تصح دعوتها إلا بالبيِّنة أو بتصديق الزوج، فأما إذا لم يكن لها زوج، فلا يتحقق معنى تحميل النسب على الغير، فيصح ادّعاؤها من غير بيّنة.

ومن المشايخ من أجرى رواية الأصل على إطلاقها، وفرّق بين الرجل والمرأة فقال: يثبت نسب اللقيط من الرجل بنفس (الدعوة) ولا يثبت نسبه منها إلا ببيِّنة.

ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجل يثبت بالفراش، وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة إلا بدليل، وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة[١٢١٢٣].

وفي «الفتـاوى الهنـدية» في فقه الحنفية: «امرأة ادّعت أنه ابنها، فإن صدّقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو أقامت البيِّنة صحت دعوتها وإلا فلا. وشهادة القابلة إنما يكتفى بها فيما إذا كان لها زوج منكر الولادة، أما إذا لم يكن لها زوج، فلا بدّ من شهادة رجلين»[١٢١٢٤].

ويبدو أن ما جاء في «الفتاوى الهندية» هو ما استقر عليه فقهاء المذهب الحنفي وأنه هو المفتى به عندهم.

ثانياً: مذهب الشافعية:

قالوا في اللقيط: وإن استلحقته امرأة لم يلحق بها في الأصل في المذهب إلا ببيِّنة وإن كانت خليّة ـ أي غير ذات زوج ـ. وعلّلوا ذلك بقولهم: لإمكانها إقامة البيّنة بالولادة من طريق المشاهدة بخلاف الرجل.

والقول الثاني في المذهب: يلحقها نسبه؛ لأنها أحد الأبوين، فصارت كالرجل في قبول ادعائها نسب الولد منها وثبوته بلا بيِّنة.

(١٢١٢٣) «البدائع» ج٦ص٢٥٣.

(١٢١٢٤) «الفتاوى الهندية» ج٢، ص٢٨٦.

والقول الثالث في المذهب: يلحق المرأة الخليّة دون الزوجة(١٢١٢٥).

ثالثاً: مذهب الحنابلة(١٢١٢٦):

اختلفت الرواية عن الإمام أحمد في دعوة المرأة نسب اللقيط منها، على النحو التالي:

أ - روي عنه أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه؛ لأنها أحد الأبوين فيثبت النسب بدعواها بلا بيِّنة كالأب، ولأنه يمكن أن يكون منها كما يمكن أن يكون من الرجل؛ ولأن في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان، فذهب الذئب بأحدهما فادّعت كل واحدة منهما أن الابن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب هو ابن الأخرى، فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما.

فعلى هذه الرواية عن الإمام أحمد يلحق بها اللقيط دون زوجها إن كانت ذات زوج؛ لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقرّ به.

ب - والرواية الثانية عن الإمام أحمد: أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه، أو إفضائه إلى أن امرأته وطئت بزنى أو شبهة، وفي ذلك ضرر عليه، فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به. وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر.

جـ - والرواية الثالثة: نقلت عن الإمام أحمد في امرأة ادّعت ولداً، فقال الإمام أحمد: إن كان لها إخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا ببيِّنة؛ لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تَخفَ ولادتها عليهم ويتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ونسب معروف.

د - ترجيح ابن قدامة الحنبلي(١٢١٢٧):

ورجح ابن قدامة الحنبلي قبول ادّعاء المرأة نسب اللقيط ولحوقه بها بحجة أنها أحد الأبوين فأشبهت الأب، وإمكان إقامتها البيِّنة على الولادة لا يمنع قبول دعوتها كالرجل فإنه يمكنه إقامة البيِّنة ويقبل قوله: إن هذا الولد ولد على فراشه.

١٠٠٣٥ - تعدد مدعي نسب اللقيط والترجيح فيما بينهم:

إذا ادّعى نسب اللقيط أكثر من واحد، كما لو ادّعاه اثنان أو ثلاثة، فالحكم والترجيح فيما

(١٢١٢٥) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٧.

(١٢١٢٦) «المغني» ج٥، ص٦٩٤-٦٩٦.

(١٢١٢٧) «المغني» ج٥، ص٦٩٦.

بينهم يكون حسب الحالات التالية:

١٠٠٣٦ ـ الحالة الأولى:

إذا ادّعاه الملتقط والخارج (غير الملتقط) معاً، فالملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة ونفع الصبي، فيترجح الملتقط بوضع يده على اللقيط فيحكم له بنسبه منه، وهذا عند الحنفية[١٢١٢٨].

وعند الشافعية، لا يترجح ذو اليد (الملتقط) على الخارج، بل يعرض اللقيط والمدعي (الملتقط والخارج) على القافة، فيلحق اللقيط بمن تلحقه به القافة[١٢١٢٩]. وعند الجعفرية يقرع بينهما إذ لا يترجح الملتقط لكون اللقيط بيده[١٢١٣٠].

١٠٠٣٧ ـ الحالة الثانية:

إن سبقت دعوة الملتقط وحكم له بنسب اللقيط لا تسمع دعوة الخارج؛ لأن نسب اللقيط ثبت من الملتقط، فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك إلا أن يقيم البيِّنة؛ لأن الدعوة لا تعارض البيِّنة[١٢١٣١].

ومعنى ذلك أن الحكم الصادر بنسب اللقيط من مدعيه ينقض إذا تقدم من يدعي نسبه ببيِّنة تشهد له بذلك، فيصدر الحاكم حكماً بناء عليها وينقض حكمه الأول.

١٠٠٣٨ ـ الحالة الثالثة:

لو ادّعاه اثنان ليس واحد منهم الملتقط، فإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى؛ لأن اللقيط يتبعه في الإسلام، فكان إلحاقه بالمدعي المسلم أنفع للقيط، فكان الحكم بهذا هو الأولى والأرجح وهذا عند الحنفية[١٢١٣٢].

وعند الحنابلة والشافعية لا يترجح أحد المدعين على الآخر بإسلامه؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد صحت دعواه، فإذا لم تكن لأحدهما بيّنة أو كانت لكل منهما بيِّنة وتعارضتا وسقطتا عرض اللقيط مع هذين المدعيين على القافة فيلحق اللقيط بمن تلحقه به القافة[١٢١٣٣]

١٠٠٣٩ ـ الحالة الرابعة:

إذا ادّعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى؛ لأنه يتبعها في الإسلام، فكان إلحاقه بها أنفع للقيط

(١٢١٢٨) «البدائع» ج٦، ص٢٥٢.

(١٢١٢٩) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٨.

(١٢١٣٠) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٢٨٨.

(١٢١٣١) «البدائع» ج٦، ص٢٥٢.

(١٢١٣٢) «البدائع» ج٦، ص٢٥٢-٢٥٣.

(١٢١٣٣) «المغني» ج٥، ص٦٩٦-٦٩٧، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٨.

وهذا عند الحنفية[12134].

وعنـد الحنـابلة والشافعية، لا تترجح المسلمة على الذمية لكونها مسلمة، وإنما يعرض اللقيط والمرأتان على القافة، فيلحق بمن تلحقه بها القافة كما قالوا بالمسلم والذمي إذا ادّعيا نسب لقيط وقد ذكرنا حجتهم في الحالة الثالثة.

١٠٠٤٠ ـ الحالة الخامسة:

إذا ادّعى اللقيط اثنان ولا بيِّنة لأحدهما إلّا أن أحدهما ذكر علامة في بدن اللقيط، فهو أولى باللقيط، فيحكم بنسبه منه لرجحان دعواه بذكر العلامة؛ لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة، كما في قدّ قميص يوسف عليه السلام في قصة مراودة امرأة عزيز مصر ليوسف عليه السلام، والاستـدلال بقدِّ قميص يوسف من دبر على براءته عليه السلام مما اتهمته به امرأة العزيز، وعلى أنها هي التي راودته[12135].

وعند الحنابلة، لا يترجح أحدهما على الآخر بذكر العلامة في بدن اللقيط[12136]. ومعنى ذلك أنهم يرون عرضه على القافة مع المدعيين، فبأيهما تلحقه القافة يلحق به اللقيط.

١٠٠٤١ ـ الحالة السادسة:

إذا كان لأحدهما بيِّنة على دعواه فإنه يقدم ويرجح على الآخر الذي لا بيِّنة له، سواء كان هذا الآخر الذي ليس له إلا الدعوة الملتقط أو غيره؛ لأن الدعوة لا تعارض البيِّنة[12137].

١٠٠٤٢ ـ الحالة السابعة:

إذا لم يكن لأحدهما بيِّنة وليس لكل منهما إلا الدعوة ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فعند الحنفية يلحق نسبه بهما جميعاً لاستوائهما في الدعوة، فلو ادّعى اثنان بنوّة لقيط ولا بيِّنة لأحدهما ولا مرجح لأحدهما ثبتت بنوته منهما، وصار ابنهما يرثهما ميراث ابن، ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد[12138].

وعند الحنابلة، يعرض اللقيط مع مدعيه على القافة، فإن ألحقته بأحدهما تعيّن بقول القافة ولحقه اللقيط وثبت نسبه منه. وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما واعتبر نسبه ثابتاً منهما وورثهما

(١٢١٣٤) «البدائع» ج٦، ص٢٥٣.

(١٢١٣٥) «البدائع» ج٦، ص٢٥٣.

(١٢١٣٦) «المغني» ج٥، ص٧٠٣.

(١٢١٣٧) «البدائع» ج٦، ص٢٥٣، «المغني» ج٥، ص٦٩٦.

(١٢١٣٨) «البدائع» ج٦، ص٢٥٣.

ميراث ابن ويرثانه ميراث أب واحد. وهذا يروى عن علي وعمر وهو قول أبي ثور[12139].

وعند الشافعية لا يلحق بأكثر من واحد، فإن ألحقته القافة بهما سقط قول القافة لظهور كذبهما أو خطئهما[12140]. وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو تعارضت أقوالها، فعند الشافعية وبعض الحنابلة، يترك اللقيط حتى يبلغ فينتسب إلى من أحبَّ منهما[12141].

١٠٠٤٣ الحالة الثامنة:

ولو ادّعى رجلان لقيطاً، فقال أحدهما: هو ابني، وقال الآخر: هو انثى وهي ابنتي، فإذا ظهر ابناً فهو لمدّعيه، وإن كانت أنثى فهي لمدعيها؛ لأن كل واحد منهما لا يستحق غير الذي ادّعاه[12142].

١٠٠٤٤ ـ الحالة التاسعة:

ولو ادّعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما؛ لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو بوطء شبهة، فيلحق بهما جميعاً ويكون ابنهما بمجرد دعواهما كما لو انفرد كل واحد منهما بادعائه[12143]. وكذلك لو أقام كل منهما البيِّنة على ادعائه، فإن يلحق بهما ويثبت نسبه منهما لعدم التنافي من ثبوت نسبه منهما[12144].

١٠٠٤٥ ـ الحالة العاشرة:

إن ولدت امرأتان ابناً وبنتاً فادّعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت، احتمل وجهين، عند الحنابلة:

الوجه الأول: أن تعرض المرأتان على القافة مع الولدين، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به القافة كما لو لم يكن لهما ولد آخر.

الوجه الثاني: أن يُعرض لبنهما على أهل الطب والمعرفة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طعمه ورقته، وقد قيل: «إن لبن الابن ثقيل، ولبن الأنثى خفيف، فيعرفان بطباعهما

(١٢١٣٩) «المغني» ج٥، ص٧٠٣.

(١٢١٤٠) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٨.

(١٢١٤١) «المغني» ج٥، ص٧٠٣، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٨.

(١٢١٤٢) «المغني» ج٥، ص٧٠٥، «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٨.

(١٢١٤٣) «المغني» ج٥، ص٧٠٥.

(١٢١٤٤) «البدائع» ج٥، ص٧٠٥.

ووزنهما، وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنها لبن الابن، فهو ولدها والبنت للأخرى. فإن لو يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصة[١٢١٤٥].

ويمكن أن يعول على تحليل الدم ومعرفة فصيلته، فمن كانت دمها يشابه دم الذكر فهو ابنها والأنثى تكون للمرأة الآخرى، ومن شابه دمها دم الأنثى فهي ابنتها، والابن للمرأة الأخرى.

(١٢١٤٥) «المغني» ج٥، ص٧٠٥.

المبحث الثاني عشر

التبني وعدم ثبوت النسب به

١٠٠٤٦ ـ معنى التبني:

المقصود بالتبني أن يتخذ الشخص ولد غيره ولداً له ويجعله كولده الصلبي الحقيقي تماماً، حيث ينتسب إليه تماماً كما ينتسب إليه ولده الحقيقي الثابت النسب منه، ويتمتع بالحقوق التي يتمتع بها الولد الحقيقي، ويلتزم بالتزامات الولد الحقيقي.

١٠٠٤٧ ـ نظام التبني في الجاهلية وفي أول ظهور الإسلام:

كان نظام التبني معمولاً به في الجاهلية قبل الإسلام، وكانوا يرتبون عليه الآثار المترتبة على البنوة النَّسَبية الحقيقية، حتى إن رسول الله ﷺ قد تبنى زيد بن حارثة قبل النبوة، فكان يقال له زيد بن محمد[١٢١٤٦]. وقد بقي نظام البنوة برهة من الزمان بعد ظهور الإسلام، ثم جاء نسخه في القرآن الكريم.

١٠٠٤٨ ـ نسخ نظام التبني:

نسخ الإسلام نظام التبني وأبطل جميع آثاره، قال تعالى: **﴿وما جعلَ الله لِرجُلٍ مِنْ قلبَينِ فِي جوفه، ومَا جعلَ أَزْواجَكُم اللائي تُظاهِرونَ مِنهُنَّ أُمهاتِكُم، ومَا جعلَ أَدْعياءَكُم أَبْناءَكُم، ذَلِكَم قوْلُكُمْ بِأفواهِكُمْ، والله يَقولُ الحقَّ وهُوَ يَهْدِي السَّبيل﴾**[١٢١٤٧].

١٠٠٤٩ ـ تفسير آية نسخ التبني:

وقوله تعالى: **﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعياءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾**: أدعياءكم جمع دعي وهو الذي يدعي ابناً. ومعنى هذه الآية: أن الله تعالى لم يجعل أدعياءكم أي ـ أبناءكم بالتبني ـ أبناءكم حقيقة؛ لأن

(١٢١٤٦) «تفسير ابن كثير» ج٣، ص٤٦٥، وتفسير ابن العربي «أحكام القرآن» ج٣، ص١٤٩٢، و«أحكام القرآن» للجصاص ج٣، ص٣٥٤، «تفسير الآلوسي» ج٢١، ص١٤٦.

(١٢١٤٧) [سورة الأحزاب، الآية ٤].

البنوة لا تكون بتبنِّيكم أبناء غيركم، فهذا ادّعاء وإلحاق أولاد غيركم بكم هو مجرد قول منكم وادّعاء محض لا تثبت به بنوة حقيقية لكم، لأن الولد بالتبني مخلوق من ماء رجل آخر ليس من ماء أحدكم، فلا يمكن أن يكون ابناً إلا للذي خلقه الله من مائه، فلا يمكن أن يكون ابناً لكم بقولكم أو بقول أحدكم: إن هذا قد جعلته ابني؛ ولأنه الابن لا يمكن أن يكون له أبوان، كما لا يمكن أن يكون للرجل قلبان كما قال تعالى في أول هذه الآية الكريمة(12148).

١٠٠٥٠ ـ إبطال آثار التبني:

ولما نسخ الإسلام نظام التبني بنص القرآن العزيز أبطل آثاره: ومنها إباحة زواج المتبني بزوجة من تبناه إذا فارقها بموت أو طلاق. ومن أجل تثبيت إبطال هذا الأثر للتبني قضى الله جلّ جلاله أن يتزوج الرسول الكريم ﷺ زوجة زيد بن حارثة وهي زينب رضي الله عنها بعد أن طلّقها زيد بن حارثة الذي كان قد تبناه الرسول ﷺ قبل النبوة كما ذكرنا.

وكانت الحكمة من زواج النبي ﷺ بزينب تثبيت نسخ التبني وإبطال آثاره، ورفع الحرج عن المسلمين في نكاح أزواج ادعيائهم الذين لم يعودوا أبناءهم بالتبني، كما أنهم ليسوا بأبنائِهم في الحقيقة والواقع، وكان هذا الإبطال بعمل الرسول ﷺ وبالإخبار عنه في القرآن العظيم مع بيان حكمته، قال تعالى: ﴿**فَلَمَّا قضىٰ زيدٌ مِنْها وطَراً زَوَّجْناكَها لِكَيْ لا يكونَ على المُؤمنين حرجٌ في أزْواجِ أدْعيائِهِم إذَا قَضَوا مِنهُنَّ وطَراً، وكَانَ أمرُ اللهِ مَفْعولاً**﴾(12149).

وجاء في تفسير هذه الآية: لما طلّق زيد زوجته زينب زوجناكها وكانت الحكمة في ذلك، لئلا يبقىٰ حرج علىٰ المؤمنين في نكاح مطلقات أدعيائهم وذلك أن رسول الله ﷺ كان قبل النبوة قد تبنى زيد بن حارثة، فلما نسخ الله تعالى التبني وقطع هذه النسبة بين المتبني ومن تبناه بقوله تعالى: ﴿**ومَا جَعَلَ أدْعياءَكُم أبناءَكُم**﴾، ثم زاد ذلك بياناً وتوكيداً بوقوع تزويج رسول الله ﷺ بزينب بنت جحش ـ رضي الله عنها ـ لما طلّقها زيد بن حارثة(12150).

١٠٠٥١ ـ عدم ثبوت النسب بالتبني:

وبنسخ نظام التبني وإبطال آثاره بطل النسب عن طريق التبني، ولم يعد يمكن إثبات نسب أحد بالتبني، وصار المطلوب من الذين تبنوا أبناء غيرهم قبل ورود نسخ التبني أن يدعوهم لآبائهم أي ينسبوهم إلى آبائهم الحقيقيين، فهذا هو الانتساب الحقّ الصحيح، فإن جهلوا

(١٢١٤٨) «تفسير الآلوسي» ج٢١، ص١٤٦، «تفسير ابن كثير» ج٣، ص٤٦٦.

(١٢١٤٩) [سورة الأحزاب، الآية ٣٧].

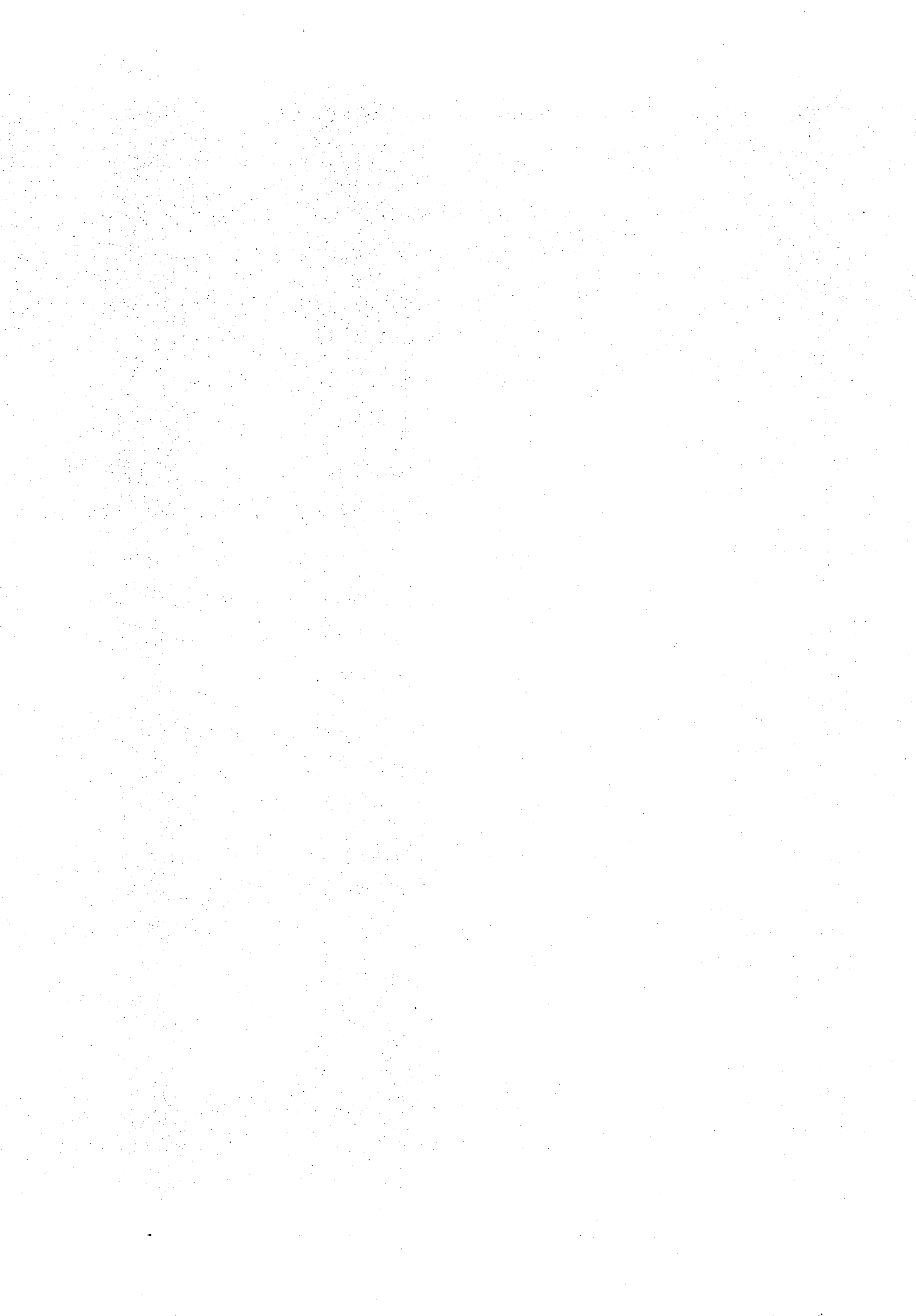
(١٢١٥٠) «تفسير ابن كثير» ج٣، ص٤٩١-٤٩٢.

آباءهم الحقيقيين فهم إخوانهم في الدين ومواليهم، فهذه الأخوة في الدين والموالاة فيه عوض عما فاتهم من النسب ولا جناح عليهم إذا أخطاؤوا في نسبة أدعيائهم السابقين إلى آبائهم الحقيقيين، وهذا كلّه ما أشار إليه المفسرون وهم يفسرون قوله تعالى: ﴿ادْعوهُمْ لِآبائِهم هُو أقْسطُ عِندَ اللهِ، فإنْ لَمْ تعلمُوا آباءَهُم فَإخوانُكُمْ فِي الدِّينِ ومواليِكُم، وليسَ عليكُمْ جُناح فِيما أخطأتُمْ بِهِ ولكنْ ما تعمَّدتْ قُلوبُكُم، وكانَ اللهُ غفوراً رحيماً﴾(١٢١٥١).

١٠٠٥٢ ـ بطلان ما يفعله البعض في الوقت الحاضر:

وإذ قد تبيّن نسخ نظام التبني وتحريمه وإبطال آثاره، فلا يجوز لأحد أن يفعله لأي سبب كان، فما يفعله بعض الناس اليوم من تبني بعض اللقطاء أو الأطفال المجهولي النسب بحجة الرحمة به والعطف عليهم وتربيتهم، أو بحجة كون المرأة عاقراً أو كون الرجل عقيماً، فيريد أو تريد هي أن يتخذا ولداً إشباعاً لغريزة الأبوة والأمومة، فكل هذه الأسباب لا تبيح التبني ولا تجعله حلالاً بل يبقى حراماً، ولا يترتب على الولد بالتبني أي آثار وأحكام البنوة الحقيقية، ويبقى أجنبياً في العائلة التي اتخذته ولداً لها بهذا الطريق المحظور.

(١٢١٥١) الآية في سورة الأحزاب ورقمها ٥، وانظر «تفسير ابن كثير» ج٣، ص٤٦٦، و«تفسير الألوسي» ج٢١، ص١٤٨، و«تفسير القرطبي» ج١٢، ص١١٩-١٢١.



الفصل الرابع

دين الأولاد

١٠٠٥٣ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

نريد بالأولاد في بحثنا في هذا الفصل الأولاد الصغار منذ ولادتهم إلى سن البلوغ، أي قبل أن يصلوا إلى هذه السّن. وهؤلاء الأولاد إما أن يكونوا أولاد المسلمين، وإما أن يكونوا أولاد غير المسلمين. وهؤلاء جميعاً معروفو النسب، أو هكذا نعتبرهم في بحثنا. وهناك أولاد غير معروفي النسب، وبالتالي لا ندري هل هم أولاد مسلمين أم أولاد غير مسلمين، وهؤلاء هم اللقطاء. وموضوع بحثنا بالنسبة لهؤلاء الأولاد جميعاً هو معرفة أي دين يدينون أو بكلمة أدق لأي دين نجعلهم منتسبين حكماً.

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: دين أولاد المسلمين.

المبحث الثاني: دين أولاد غير المسلمين.

المبحث الثالث: دين اللقيط.

المبحث الأول

دين أولاد المسلمين

١٠٠٥٤ ـ أولاد المسلمين مسلمون بلا خلاف:

إذا كان الولد مولوداً من أبوين مسلمين، فهو مسلم بلا خلاف بين العلماء، وكذلك إذا كان مولوداً من أب مسلم وأُمّ كتابية؛ لأنه يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية، فإذا جاء لهذين الزوجين ولد فهو مسلم؛ لأن القاعدة: «الصغير يتبع خير الأبوين ديناً». والإسلام خير الأديان، فيتبع الولد أباه المسلم في دينه، وبهذا صرّح الفقهاء(١٢١٥٢).

١٠٠٥٥ ـ تعليل إسلام الصغير بالتبعية لأبويه:

قلنا إن المولود من أبوين مسلمين هو مسلم بالتبعية لهما، وكذلك إذا كان الأب مسلماً والأم كتابية كما لو تزوج مسلم كتابية فولدت ولداً، فهذا يعتبر مسلماً بالتبعية لأبيه كما قلنا. ولكن لماذا نعتبر الصغير مسلماً تبعاً لأبويه المسلمين أو بكلمة أعم، لماذا نحكم على الصغير بدين أبويه تبعاً لهما؟ والجواب كما يقول الإمام الكاساني: «الصبي يتبع أبويه في الإسلام والكفر؛ لأنه لا بدّ له من دين تجري عليه أحكامه، والصبي لا يهتم لذلك إما لعدم عقله، وإما لقصوره فلا بدّ وأن يجعل تبعاً لغيره، وجعله تبعاً للأبوين أولى؛ لأنه تولّد منهما»(١٢١٥٣).

١٠٠٥٦ ـ هل يتبع الولد أبويه في ردّتهما عن الإسلام؟

قلنا إن الولد يتبع أبويه المسلمين في الإسلام، فيكون مسلماً لإسلامهما، فهل يتبعهما في ردّتهما إذا أرتدا عن الإسلام بالتبعية لهما في الردّة كما تبعهما في إسلامهما؟ والجواب: لا يتبعهما في الردّة ويبقى مسلماً.

١٠٠٥٧ ـ أقوال الفقهاء في عدم التبعية بالردّة:

(١٢١٥٢) «الهداية» و«فتح القدير» ج٢، ص٥٠٦، «المغني» ج٨، ص١٣٧، «مغني المحتاج» ج٣، ص١٩١، وج٤، ص١٤٢.

(١٢١٥٣) «البدائع» ج٧، ص١٠٤.

قلنا: إن الولد يتبع أبويه المسلمين في إسلامهما ولا يتبعهما في ردّتهما، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم الصريحة في عدم تبعية الأولاد لوالديهم بالردّة.

أولاً: جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فأما أولاد المرتدين فإن كانوا ولدوا قبل الردّة، فإنهم محكومون بإسلامهم تبعاً لآبائهم، ولا يتبعونهم في الردّة؛ لأن الإسلام يعلو، وقد تبعوهم فيه، فلا يتبعونهم في الكفر..»[12154].

ثانياً: وفي «البدائع» في فقه الحنفية: «وأما حكم ولد المرتدّ، فولد المرتد لا يخلو من أن يكون مولوداً في الإسلام أو في الردّة، فإن كان مولوداً في الإسلام بأن ولد للزوجين ولد وهما مسلمان، ثم ارتدا لا يحكم بردّته ما دام في دار الإسلام..»[12155].

ثالثاً: وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «فإن ارتدّ وله ولد أو حمل كان محكوماً بإسلامه»[12156].

رابعاً: وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية أيضاً: «وولد المرتدّ بأن انعقد قبل الردّة أو انعقد بعد الردّة ـ أي فيها وأحد أبويه مسلم، فمسلم ذلك الولد بالتبعية للمسلم تغليباً»[12157].

١٠٠٥٨ ـ هل تقع ردّة الولد قبل البلوغ:

وإذا كان الولد يتبع أبويه المسلمين في الإسلام أي يعتبر مسلماً بإسلامهما، فهل تقع ردّته قبل البلوغ إذا صدر منه ما يصير به المسلم مرتدًّا؟ تفصيل واختلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي:

١٠٠٥٩ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: البلوغ ليس بشرط لوقوع الردّة فتقع ردّة الصبي العاقل. وقال أبو يوسف رحمه الله: البلوغ شرط لوقوع الردّة، فلا تقع ردّة الصبي العاقل.

(وجه) قول أبي يوسف، أن عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم، ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرعاته، والردّة ضرر محض في حقه، فلا تقع ولا تصح منه، وهذا بخلاف الإيمان حيث يصح منه الإيمان ـ أي دخوله في الإسلام ـ؛ لأنه نفع محض.

(١٢١٥٤) «المغني» ج٧، ص١٣٧.

(١٢١٥٥) «البدائع» ج٧، ص١٣١.

(١٢١٥٦) «المهذب» و«شرحه المجموع» ج١٨، ص٢٠.

(١٢١٥٧) «مغني المحتاج» ج٤، ص١٤١-١٤٢.

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد، أن الصبي العاقل يصح إسلامه فتقع وتصح ردّته، ولكن لا تعتبر ردّته وإن صحّ وقوعها منه لرجاء الإسلام منه فيحبس، والحبس يكفيه وسيلة إلى الإسلام(١٢١٥٨).

١٠٠٦٠ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

وعندهم لا تصح ولا تعتبر ردّة صبي ولو كان مميزاً؛ لعدم تكليفه فلا عبرة ولا اعتداء بقوله واعتقاده، والمراد بعدم صحة الصبي، أنه لا يترتب عليه حكم الردّة(١٢١٥٩).

١٠٠٦١ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وتصح أيضاً ردّته ـ أي ردّة الصبي ـ إن كان مميزاً يعقل الإسلام؛ لأن من صح إسلامه صحت ردّته. ومعنى يعقل الإسلام أن يعلم أن الله ربه لا شريك له، وأنَّ محمداً عبده ورسوله»(١٢١٦٠).

وروي عن الإمام أحمد أنه يصح إسلامه ولا تصح ردّته لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ.. الخ» وهذا يقتضي أن لا يكتب عليه ذنب، ولو صحت ردّته لكتب عليه إثم ردّته(١٢١٦١).

ويبدو أن ابن قدامة الحنبلي رجح هذه الرواية عن الإمام أحمد فإنه بعد أن ذكرها قال: «وأما الإسلام فلا يكتب عليه، وإنما يكتب له؛ ولأن الردّة أمر يوجب القتل، فلم يثبت حكمه في حقّ الصبيّ كالزنى؛ ولأن الإسلام إنما صح منه؛ لأنه تمحض مصلحة له، والردّة تمحضت مضرّة ومفسدة، فلم تلزم صحتها منه، فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتد، فإذا بلغ: فإن أصرّ على الكفر كان حينئذٍ مرتدّاً»(١٢١٦٢).

١٠٠٦٢ ـ ملاحظة حول وقوع ردّة الصبي:

ما ذكرناه من أقوال الفقهاء في وقوع ردّة الصبي المحكوم بإسلامه، هذه الأقوال ساقها الفقهاء أصلاً وهم يبحثون صحة إسلام الصبي المميز الذي يعقل الأديان كأن يكون هذا الصبي محكوماً بكفره تبعاً لوالديه، ثم يسلم هذا الصبي، فإذا ارتد هذا الصبي بعد إسلامه، فهل تعتبر ردّته أم لا؟

(١٢١٥٨) «البدائع» ج٧، ص٣٣٤ـ٣٣٥.

(١٢١٥٩) «مغني المحتاج» ج٤، ص١٤١ـ١٤٢.

(١٢١٦٠) «كشاف القناع» ج٤، ص١٣٧.

(١٢١٦١) «المغني» ج٨، ص١٣٦.

(١٢١٦٢) «المغني» ج٨، ص١٣٦.

قد أجاب الفقهاء على هذا السؤال بما ذكرناه عنهم في الفقرات السابقة. ومن المعلوم أن أقوالهم هذه تصدق أيضاً بالنسبة للصبي المميز الذي يحكم بإسلامه تبعاً لأبويه المسلمين إذا ارتدّ عن الإسلام؛ ولهذا ذكرتها هنا وأنا أبحث عن إسلام الولد تبعاً لوالديه.

١٠٠٦٣ ـ القول الراجح:

والراجح ما رجحه ابن قدامة الحنبلي وهو عدم اعتبار ردّة الصبي المميز إذا صدر عنه ما يرتد به المسلم، . فيبقى مسلماً وينتظر به إلى البلوغ فإن أصرَّ على الكفر كان حينئذٍ مرتداً ـ أي كأنه ارتد وهو بالغ، فتقع ردّته ويعامل على أساسها.

المبحث الثاني

دين أولاد غير المسلمين

١٠٠٦٤ ـ الولد يتبع أبويه غير المسلمين في الدين:

قلنا فيما سبق: إن الولد يتبع أبويه المسلمين في دينهما الإسلام فيعتبر مسلماً بإسلامهما، وكذا الحكم هنا بالنسبة للمولود من أبوين كافرين فهو يتبعهما في دينهما؛ لأن القاعدة هي: «الولد يتبع أبويه في الدين»(١٢١٦٣). ولهذا يعتبر الولد الحادث بعد ردّة الأبوين محكوم بكفره؛ لأنه ولد من أبوين كافرين(١٢١٦٤).

١٠٠٦٥ ـ دين الولد إذا أسلم أبواه:

وبناء على القاعدة التي ذكرناها: «الولد يتبع أبويه في الدين»، فإذا أسلم الأبوان تبعهما ولدهما في الإسلام فيصير مسلماً بإسلامهما ولا خلاف في هذا؛ ولأن الولد يتبع من أسلم من والديه فيصير مسلماً بإسلامه كما سنبيِّنه؛ فلئن يصير بإسلامهما أولى.

١٠٠٦٦ ـ دين الولد إذا أسلم أحد الأبوين:

إذا أسلم أحد الأبوين الكافرين تبعه ولدهما في إسلامه، سواء كان الذي أسلم الأب أو الأم؛ لأن القاعدة الفقهية هي: «الولد يتبع خير الأبوين ديناً»(١٢١٦٥)؛ ولأن الأبوين استويا في جهة التبعية وهو تولد ولدهما منهما، فيرجح المسلم منهما بالإسلام فيتبعه الصغير في دينه؛ ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه(١٢١٦٦). وبهذا قال الفقهاء.

١٠٠٦٧ ـ من أقوال الفقهاء في تبعية الولد لإسلام من أسلم من والديه:

أولاً: جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ومن أسلم من الأبوين كان أولاده الصغار

(١٢١٦٣) «المغني» ج٨، ص١٣٩.

(١٢١٦٤) «المغني» ج٨، ص١٣٨، «البدائع» ج٧، ص١٣٩.

(١٢١٦٥) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٣٣٩.

(١٢١٦٦) «البدائع» ج٧، ص١٠٤.

تبعاً له، وبهذا قال الشافعي»[١٢١٦٧].

ثانياً: وجاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلماً بإسلامه؛ لأن في جعله تبعاً له نظراً له»[١٢١٦٨].

ثالثاً: وفي «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «وأي الأبوين الكافرين أسلم، فكل من لم يبلغ من أولادهما مسلم بإسلام من أسلم منهما؛ الأمّ أسلمت أو الأب وهو قول عثمان البتي والأوزاعي والليث بن سعد والحسن بن حيي، وأبي حنيفة والشافعي وأصحابهم كلهم»[١٢١٦٩].

١٠٠٦٨ ـ اشتراط الحنفية اتحاد الدار لتبعية الولد لمن أسلم من والديه:

واشترط الحنفية لتبعية الولد لمن أسلم من والديه في الإسلام اتحاد الدار بينهما ـ أي بين الولد ومن أسلم من والديه ـ جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «الولد يتبع خير الأبوين ديناً، هذا إذا لم تختلف الدار بأن كانا في دار الإسلام أو في دار الحرب، أو كان الصغير في دار الإسلام وأسلم والده في دار الحرب؛ لأنه من أهل دار الإسلام حكماً. وأما إذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الإسلام فأسلم، فلا يتبعه ولده ولا يكون مسلماً»[١٢١٧٠].

١٠٠٦٩ ـ الراجح عدم اشتراط ما اشترطه الحنفية:

والراجح عدم اشتراط ما اشترطه الحنفية من ضرورة اتحاد الدار بين الولد وبين من أسلم من والديه حتى يتبعه في إسلامه؛ لأن القاعدة: «الولد يتبع خير الأبوين ديناً» علقت التبعية على الخيرية في الدين ولم تعلقه على اتحاد الدار، ولأن هذه التبعية لمن أسلم من الوالدين؛ لأن الإسلام خير الأديان، وإنه يعلو ولا يعلى عليه، وهذا المعنى ـ الخيرية والعلو ـ لا يتأثر باختلاف الدار.

وأيضاً جاء في الحديث الشريف الصحيح: «ما من مولود يولد إلا وهو يولد على الفطرة وأبواه يهوّدانه وينصرّانه ويمجّسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسّ فيها من جدعاء»، فهذا الحديث الذي أخرجه الإمام مسلم يدل كما قال ابن حزم: «فصح أنه لا يترك أحد على مخالفة الإسلام إلا من اتفق أبواه على تهويده أو تنصيره أو تمجيسه فقط، فإذا أسلم أحدهما، فلم

(١٢١٦٧) «المغني» ج٨، ص١٣٨-١٣٩.

(١٢١٦٨) «الهداية» و«فتح القدير» ج٢، ص٥٠٦.

(١٢١٦٩) «المحلىٰ» ج٧، ص٣٢٢.

(١٢١٧٠) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٣٣٩.

يمجّسه أبواه ولا نصرّاه ولا هوّداه، فهو باقٍ على ما ولد عليه من دين الإسلام»[12171].

وأيضاً فإن كون الولد يتبع أبويه في الدين يقتضي في حالة اختلاف الأبوين في الدين أن يتبع الولد من أسلم منهما كولد المسلم من الكتابية، فإن المسلم إذا تزوّج كتابية فولدت له ولداً، فهذا الولد يتبع أباه في الإسلام، فكذا ولد الزوجين الكافرين إذا أسلم أحدهما تبعه الولد في إسلامه[12172].

١٠٠٧٠ - إسلام الولد بالتبعية لدار الإسلام:

سبق وأن تكلمنا عن هذه المسألة عند بحثنا عن الأسباب المحرّمة للقتل والقتال من مواضيع الجهاد[12173]. ونذكر هنا ما قلناه هناك كما يخص مسألتنا هذه، ما يأتي:

أ : الحالة الأولى:

أن يقـع الولد الصغير في أسر المسلمين وحده منفرداً عن أبويه ويخرج به آسره إلى دار الإسلام، فهذا الولد يحكم بإسلامه بإجماع العلماء كما قال ابن قدامة الحنبلي[12174]. ويعلّل الإمام الكاساني ذلك بقوله: «فإنه يعتبر مسلماً تبعاً لدار الإسلام؛ لأن التبعية في الدين انتقلت إلى دار الإسلام لعدم وجود أبويه أو أحدهما معه»[12175].

ب : الحالة الثانية:

أن يؤسر الولد الصغير مع أحد أبويه الكافرين ويخرج بهما إلى دار الإسلام، فإنه يحكم بإسلامه تبعاً لدار الإسلام عند الحنابلة والأوزاعي.

وقال أبو حنيفة والشافعي يتبع والده الكافر في دينه الذي أُسر معه وأخرجا إلى دار الإسلام وحجتهم أن لا عبرة بالدار ولا بغيرها مع وجود الأبوين أو أحدهما مع الولد الصغير، فالعبرة بالوالد في تبعية الولد في الدين وليس للدار. واحتج الحنابلة بحديث رسول الله ﷺ: «كل مولود يولد على الفـطرة، فأبواه يهوّدانه أو ينصّرانه أو يمجّسانه..». وجه الاستدلال بهذا الحديث، أن مفهومه أنه لا يتبع الولد الصغير أحد الأبوين في دينه؛ لأن الحكم متى علّق بشيئين لا يثبت بأحدهما[12176].

(١٢١٧١) «المحلى» ج٧، ص٣٢٣، ومعنى (جمعاء) أي سليمة من العيوب مجتمعة الأعضاء كاملتها فلا جدع فيها ولا كي.

(١٢١٧٢) «المغني» ج٨، ص١٣٩.

(١٢١٧٣) الفقرات من ٣٧٨٨ - ٣٧٩٣.

(١٢١٧٤) «المغني» ج٨ ص٤٢٦.

(١٢١٧٥) «البدائع» ج٧، ص١٠٤.

(١٢١٧٦) «المغني» ج٨، ص٤٢٦، «البدائع» ج٧، ص١٠٤.

١٠٠٧١ - موت الوالدين الكافرين لا يؤثر في دين ولدهما:

قلنا: إن الولد يتبع والديه الكافرين في دينهما، وهذه التبعية لا تزول عنه إذا مات أبواه الكافران، فيبقى على دينهما حتى يسلم بنفسه، ولا تنقطع تبعيته لهما في الدين بموتهما؛ لأن بقاء الأصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع[١٢١٧٧].

١٠٠٧٢ - إسلام الولد قبل البلوغ:

وإذا بقي الوالدان الكافران على دينهما ولم يسلما ولم يسلم أحدهما، وإنما أسلم ولدهما الذي لم يصل إلى سن البلوغ، فهل يصح إسلامه ويعتبر مسلماً بالرغم من بقاء أبويه كافرين؟ أقوال عند الفقهاء نوجزها في الآتي:

١٠٠٧٣ - أولاً: مذهب الحنفية:

يصح عندهم إسلام الصبي العاقل الذي لم يبلغ استحساناً[١٢١٧٨]. ولا خلاف عندهم في ذلك، فقد جاء في «الجامع لأحكام الصغار» في فقه الحنفية: «وأما إسلام الصبي العاقل، يصح عندنا بلا خلاف بين أصحابنا في أحكام الدنيا والآخرة. وجه قول أصحابنا، أن رسول الله ﷺ دعا علياً رضي الله عنه إلى الإسلام وهو ابن سبع سنين فأسلم وحسن إسلامه، وكان يفتخر بإسلامه في صغره ويقول شعراً:

سبقتكم إلى الإسلام طراً غلاماً ما بلغت أوان حلمي

والمعنى فيه أنه عرف الإسلام واعترف به، فوجب أن يصح منه»[١٢١٧٩].

١٠٠٧٤ - ثانياً: مذهب الحنابلة:

قال الإمام الخرقي الحنبلي: «والصبي إذا كان له عشر سنين وعقل الإسلام فأسلم فهو مسلم»[١٢١٨٠]. ومعنى أنه يعقل الإسلام أنه يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله. ورجح ابن قدامة الحنبلي صحة إسلام ابن سبع سنين؛ لأنه في هذه السن يمكن أن يعقل الإسلام[١٢١٨١].

(١٢١٧٧) «البدائع» ج٧، ص١٠٤.

(١٢١٧٨) «المبسوط» ج٥ ص٤٧، «البدائع» ج٧، ص١٣٤.

(١٢١٧٩) «الجامع لأحكام الصغار» للأسروشني ج٢، ص٩٣-٩٥.

(١٢١٨٠) «مختصر الإمام الحزفي الحنبلي» ص١٨٩.

(١٢١٨١) «المغني» ج٨، ص١٣٤-١٣٥.

١٠٠٧٥ - ثالثاً: مذهب الشافعية:

وعندهم لا يصح إسلام الصبي قبل البلوغ؛ لقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ.. الخ»؛ ولأن الإسلام قول تثبت به الأحكام، فلم يصح من الصبي كالهبة، ولأنه أحد من رفع القلم عنه، فلم يصح إسلامه كالمجنون والنائم؛ ولأنه ليس بمكلف أشبه الطفل»[١٢١٨٢].

١٠٠٧٦ - القول الراجح في إسلام الصغير المميز:

والراجح صحة إسلام الصبي الذي يعقل الإسلام لقوله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهوّدانه أو ينصّرانه أو يمجّسانه كمثل البهيمة، تُنتج البهيمة هل ترى فيها من جدعاء»[١٢١٨٣]، ومعنى الحديث كما قال الإمام القرطبي على ما يرويه عنه ابن حجر العسقلاني: «إن الله تعالى خلق قلوب بني آدم مؤهلة لقبول الحقّ كما خلق أعينهم وأسماعهم قابلة للمرئيات والمسموعات، فما دامت باقية على ذلك القبول وعلى تلك الأهلية أدركت الحقّ، ودين الإسلام هو الدين الحقّ».

ثم قال ابن حجر العسقلاني بعد نقله كلام القرطبي: وقد دلّ على هذا المعنى بقية الحديث حيث قال: «كما تنتج البهيمة» يعني أن البهيمة تلد الولد كامل الخلقة، فلو ترك كذلك كان بريئاً من العيب لكنهم تصرفوا فيه بقطع أذنه مثلاً فخرج عن الأصل. وقال ابن القيّم كما يرويه عنه ابن حجر العسقلاني: «ليس المراد بقوله (يولد على الفطرة) أنه خرج من بطن أمه يعلم الدين؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿والله أخرجكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمهاتِكُم لَا تعلمُونَ شيئاً﴾، ولكن المراد أن فطرته مقتضية لمعرفة دين الإسلام ومحبته. فنفس الفطرة تستلزم الإقرار والمحبة وليس المراد مجرد قبول الفطرة لذلك.. فلو خُلّي وعدم المعارض لم يعدل عن ذلك إلى غيره، كما أنه يولد على محبة ما يلائم بدنه من ارتضاع اللبن حتى يصرفه عنه الصارف»[١٢١٨٤].

وعلى هذا، فإذا أسلم الصبي العاقل بأن نطق بالشهادتين، فإنما يعرب بلسانه ما تقتضيه فطرته التي فطره الله عليها، بل وما تستلزمه هذه الفطرة كما قال ابن القيّم.

١١٠٧٧ - ودليل ثانٍ على ما رجحناه من صحة إسلام الصبي الذي يعقل الإسلام أن الإسلام عبادة محضة فيلزم أن يصح من الصبي العاقل كما تصح منه الصلاة والحج؛ ولأن الله

(١٢١٨٢) «المغني» ج٨، ص١٣٣، ١٣٦.

(١٢١٨٣) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٣، ص٢٤٦.

(١٢١٨٤) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٣، ص٢٤٩.

تعالى دعا عباده إلى دار السلام، وجعل طريقها اعتناق الإسلام، وجعل من لم يجب دعوته مصيره إلى النار، فلا يجوز منع الصبي من إجابة دعوة الله بعدم قبول إسلامه، فقد أسلم علي وهو صبي، ولهذا كان يقال أول من أسلم من الرجال أبو بكر ومن الصبيان علي ومن النساء خديجة ومن العبيد بلال دون إنكار من أحد، فيكون إجماعاً على صحة إسلام الصبي(١٢١٨٥).

١٠٠٧٨ ـ دفع ما ينقض ترجيحنا:

وأما الاحتجاج بقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق، فلا حجة فيه لمن منع صحة إسلام الصبي الذي يعقل الإسلام؛ لأن هذا الحديث يدل على أن يكتب على الصبي مما يؤاخذ عليه، والإسلام أي دخول الصبي في الإسلام والإيمان بعقيدته مما يكتب للصبي لا عليه، ومما يسعده في الدنيا والآخرة، فهو كالصلاة تصح منه وتكتب له وإن لم تجب عليه، وكذلك غيرها من العبادات المحضة(١٢١٨٦).

١٠٠٧٩ ـ عمر الصبي الذي يصح إسلامه:

الشرط في صحة إسلام الصبي أن يكون صبياً يعقل الإسلام بأن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله، ولكن في أي سن من عمر الصبي يمكن أن يتحقق هذا العقل من الصبي؟

١٠٠٨٠ ـ مذهب الحنفية:

يقدر بسنّ التمييز أي بلوغ الصبي سبع سنين بدليل أنهم احتجوا بأن رسول الله ﷺ «دعا علياً رضي الله عنه فأسلم وحسن إسلامه»(١٢١٨٧). وواضح من هذا الاستدلال أن الحنفية يرون أن بلوغ الصبي سبع سنين يتحقق به كون الصبي يعقل الإسلام.

١٠٠٨١ ـ مذهب الحنابلة:

اشترط الإمام الخرقي الحنبلي في الصبي الذي يعقل الإسلام ويصح منه الإسلام أن يكون ابن عشر سنين كما ذكرنا، ولكن ابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى قال تعليقاً على قول الخرقي: «وأما اشتراطه العشر، فإن أكثر المصححين لإسلام الصبي لم يشترطوا ذلك، ولم يحدّوا حدّاً من السنين، وحكاه ابن المنذر عن الإمام أحمد؛ لأن المقصود متى ما حصل لا

(١٢١٨٥) «المغني» ج٨، ص١٣٣-١٣٤.
(١٢١٨٦) «المغني» ج٨، ص١٣٤.
(١٢١٨٧) «جامع أحكام الصغار» للاسروشني ج٢، ص٩٣.

حاجة إلى زيادة عليه.

وروي عن أحمد إذا كان ابن سبع سنين فإسلامه إسلام صحيح؛ وذلك لأن النبي ﷺ قال: «مُـرُوهم لسبع» فدل على أن ذلك حدّ لأمرهم بالصلاة وصحة عبادتهم، فيكون حدّاً لصحة إسلامهم[١٢١٨٨]. وهذا هو الراجح فإسلام ابن سبع سنين معتبر ومقبول.

١٠٠٨٢ ـ رجوع الصبي عن إسلامه:

أولاً: القول الأول:

إذا أسلم الصبي وحكمنا بصحة إسلامه فرجع وقال لم أدرِ ما قلت، لم يقبل قوله ولم يبطل إسلامه الأول؛ لأنه قد ثبت عقله للإسلام ومعرفته به بأفعاله التي هي مثل أفعال العقلاء، وهكذا كل من تلفظ بالإسلام أو أخبر عن نفسه به ثم أنكر معرفته بما قال، لم يقبل إنكاره وكان مرتداً نصّ عليه أحمد. إذا ثبت هذا فإن الصبي إذا رجع عن إسلامه أو جاء بما يصير به المسلم مرتدّاً، وقعت ردّته، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال أبو حنيفة وهو الظاهر من مذهب مالك[١٢١٨٩].

١٠٠٨٣ ـ القول الثاني:

وروي عن الإمام أحمد أنه يصح إسلامه ولا تصح ردّته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ .. الخ»، وهذا يقتضي أن لا يكتب عليه ذنب ولو صحت ردّتـه لكتب عليه، أما الإسلام، فلا يكتب عليه، بل يكتب له؛ لأن الردّة أمر يوجب القتل، فلم يثبت حكمه في حقّ الصبي كالزنى؛ ولأن الإسلام إنما صحّ منه؛ ولأنه تمحض مصلحة فأشبهت الوصية له، والردّة تمحضت مضرّة ومفسدة له فلم تلزم صحتها منه، فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتدّ، فإن بلغ، فإن أصرّ على الكفر كان مرتدّاً حينئذٍ[١٢١٩٠].

١٠٠٨٤ ـ القول الثالث:

لا تصح ردّة الصبي الذي لم يبلغ بعد كما لا يصح إسلامه؛ لأنه غير مكلف، لا تعتبر أقواله التي يرتد بها المسلم، وهذا مذهب الشافعية[١٢١٩١].

(١٢١٨٨) «المغني» ج٨، ص١٣٤ـ١٣٥.

(١٢١٨٩) «المغني» ج٨، ص١٣٥، «البدائع» ج٦، ص١٣٥.

(١٢١٩٠) «المغني» ج٨، ص١٣٦

(١٢١٩١) «مغني المحتاج» ج٤، ص١٣٧، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٣٩٧، «المغني» ج٣، ص١٣٦.

١٠٠٨٥ ـ القول الراجح :

والراجح، وهو القول الثاني، فلا تعتبر ردّته وإن كان إسلامه يعتبر للأدلة التي قبلت لهذا القول.

١٠٠٨٦ ـ ما يُفعل بالصبي إذا رجع عن إسلامه:

رجوع المسلم عن إسلامه ردّة، فيكون المرتدّ قد ارتكب جريمة الردّة وعقوبتها القتل كما جاء في الحديث النبوي الشريف: «من بدل دينه فاقتلوه»، ولكن الصبي إذا ارتدّ لا يقتل، سواء قلنا بوقوع ردّته أو قلنا بعدم وقوعها؛ لأن الصبي لا تجب عليه عقوبة بدليل أنه لا تجب عليه عقوبة الزنى ولا السرقة ولا سائر الحدود، ولا يقتل قصاصاً، فإذا بلغ فثبت على ردته ثبت حكم الردّة فيه حينئذٍ، فيستتاب ويمهل ثلاثة أيام، فإن تاب فيها وإلا قتل عقوبة على ردّته، سواء قلنا: إنه كان مرتداً قبل بلوغه أو لم نقل، وسواء كان مسلماً أصلياً فارتدّ أو كان كافراً تبعاً لأبويه فأسلم وهو صبي يعقل الإسلام ثم ارتدّ، وهذا كلّه مذهب الحنابلة[١٢١٩٢].

١٠٠٨٧ ـ أما عند الحنفية، فقد ذكرنا أن إسلام الصبي العاقل معتبر عندهم، أما ردّته، فعند أبي حنيفة ومحمد تقع ردّته، وعند أبي يوسف، لا تقع ردّته. وردّة الصبي وإن كانت معتبرة عند أبي حنيفة ومحمد، ولكن لا يقتل على ردّته (وجه قولهما)، أن البالغ العاقل إذا ارتد عن دينه الإسلام يستتاب ويدعى إلى العودة إلى الإسلام ويبين له دلائل الإسلام ويُسئل عما حمله إلى الردّة فإن أظهر شبهة كشفت له، فإذا أصرّ على ردّته قتل، وهذا الإجراء للمرتد لا يمكن فعله للصبي إذا رجع عن الإسلام لقصور عقله، ولكن يحبس؛ لأن الحبس يكفيه وسيلة إلى الإسلام، والعود إليه[١٢١٩٣]. ولكن الحنفية لم يقولوا إلى متى يبقى محبوساً، ولكن يبدو لي، أنه يفعل به في الحبس ما يفعل بالمرأة إذا ارتدت عن الإسلام، فعندهم لا تقتل على ردتها، ولكن تحبس وتخرج كل يوم من السجن ويعرض عليها الإسلام، فإن أبت الرجوع إلى الإسلام ردّت إلى السجن، فقد جاء في «البدائع»: «فأما المرأة، فلا يباح دمها إذا ارتدّت ولا تقتل ولكنها تجبر على الإسلام، وإجبارها على الإسلام أن تحبس وتخرج في كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا حبست ثانياً هكذا إلى أن تسلم أو تموت»[١٢١٩٤].

(١٢١٩٢) «المغني» ج٨، ص١٣٦.

(١٢١٩٣) «البدائع» ج٦، ص١٣٥.

(١٢١٩٤) «البدائع» ج٦، ص١٣٥.

المبحث الثالث

دين اللقيط

١٠٠٨٨ ـ تمهيد

اللقيط من حيث هو لقيط مجهول النسب، ويثبت نسبه بالدعوة أو بالبيِّنة، وقد تكلمنا عن ذلك فميا مضى. ولكن مجهولية نسب اللقيط لا تعني أنه لا دين له، أو أنه لا يثبت له دين حتى يثبت نسبه؛ لأن موضوعي الدين والنسب منفصل أحدهما عن الآخر؛ ولهذا قد يثبت للقيط دين قبل أن يتبين نسبه أو يثبت له، فما هي هذه الأمور والقرائن الواجب ملاحظتها للتعرف على دين اللقيط أو للاستدلال بها للحكم عليه بدين معين؟ هذا ما نبيِّنه في الفقرات التالية:

١٠٠٨٩ ـ ما يجب ملاحظته للتعرف على دين اللقيط:

للتعـرف على دين اللقيط أو للتعـرف عى الدين الذي نحكم به على اللقيط، يجب أن نلاحظ دين الواجد، أي ملتقط اللقيط، وصفة المكان الموجود فيه اللقيط، كما أن ثبوت نسب اللقيط بالبيِّنـة يجعله محكـوماً بدين صاحب البيِّنة، أما إذا كان ثبوت نسبه بالدعوة، فالحكم يختلف باختلاف الأحوال والحالات كما سنبيِّنه في الفقرات التالية:

١٠٠٩٠ ـ أولاً: دين اللقيط باعتبار دين الواجد وصفة المكان:

قد يكون واجد اللقيط مسلماً أو ذمياً، وقد يكون المكان الذي وجد فيه اللقيط من أماكن المسلمين، أو من أماكن الكفار، أو من الأماكن التي يسكنها المسلمون والكفار والحكم بالنسبة لدين اللقيط يختلف باختلاف هذه الأمور، ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء.

١٠٠٩١ ـ مذهب الحنفية[١٢١٩٥]:

أ : اتفق الحنفية على أن اللقيط يعتبر مسلماً إذا وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم. كما اتفقوا على أنه يكون ذمياً إذا وجده ذمي في بيعة أو كنيسة أو قرية

(١٢١٩٥) «المبسوط» ج١٠، ص٢١٥، «البدائع» ج٦، ص١٩٨، «الهداية» و«فتح القدير» ج٤، ص٤٢٠.

من قرى أهل الذمة وليس فيها مسلم[١٢١٩٦]. ويبدو أن دينه يكون مثل دين الذمي الذي وجده.

ب : إذا وجده مسلم في مكان الكفار كالبيعة أو الكنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة أو وجده ذمي في مكان المسلمين كمصر من أمصارهم أو في قرية من قراهم، ففي هاتين الحالتين اختلف الحنفية في دين اللقيط لاختلاف الرواية في نقل مذهبهم، إذ هناك أربع روايات في هاتين الحالتين، نذكرها فيما يلي:

١٠٠٩٢ ـ الرواية الأولى في مذهب الحنفية:

العبرة للمكان في هاتين الحالتين، فيكون اللقيط مسلماً إذا كان المكان مكان المسلمين كمصر من أمصارهم أو قرية من قراهم، أو وجد اللقيط في مسجد، ويكون اللقيط كافراً إذا كان المكان مكان أهل الذمّة ولا عبرة بدين الواجد ـ واجد اللقيط ـ.

(ووجه) هذه الرواية، أن المكان إلى اللقيط أسبق من يد الواجد، وعند التعارض يقدم ويترجح السابق، والظاهر يدل عليه فإن المسلمين لا يضعون أولادهم في مكان الكفار كالبيعة والكنيسة ونحوهما عادة، وكذلك الكفار (الذميون) لا يضعون أولادهم في أماكن المسلمين عادة، فالظاهر أن الولد يكون من أهل ذلك المكان، فإذا كانوا مسلمين فهو مثلهم مسلم، وإذا كانوا ذميين فهو ذمي مثلهم.

١٠٠٩٣ ـ الرواية الثانية:

رواية ابن سماعة عن الإمام محمد صاحب أبي حنيفة، وخلاصة هذه الرواية أن العبرة بدين الواجد لا مكان وجود اللقيط، أي سواء وجد اللقيط في أماكن المسلمين أو في أماكن الكفار، فإن اللقيط يتبع دين واجده. (وجه) هذه الرواية أن يد الواجد أقوى، فيعتبر دينه فيكون دين اللقيط مثله.

وتوضيح ذلك أن التبعية للمكان إنما تكون عند عدم وجود يدّ معتبرة، ألا يرى أن الولد إذا أُسِر في الحرب وأخرج مع أحد أبويه إلى دار الإسلام، لا يحكم للولد بالإسلام تبعاً لدار الإسلام، بل يحكم بكفره تبعاً لأحد أبويه الموجودين معه؛ لأن يد الوالد أقوى في التبعية في الدين من دار الإسلام، فكذلك الحكم بالنسبة ليد الواجد اللقيط، يتبع اللقيط دين الواجد لا صفة المكان من جهة إسلام أو كفر أهل ذلك المكان، فيكون اللقيط مثل دين واجده، سواء كان المكان مكان المسلمين أو لغير المسلمين.

(١٢١٩٦) هذا القيد (ليس فيها مسلم) ذكره الكاساني في «البدائع» ولم يرد في «المبسوط» ولا في «الهداية».

١٠٠٩٤ ـ الرواية الثالثة:

إن المنظور إليه هو ما يرجح اعتبار اللقيط مسلماً سواء كان هذا المرجح باعتبار دين الواجد أو صفة المكان من جهة كفر أهله أو إسلامهم، وهذا عند اختلاف دين الواجد وصفة المكان.

وجه هذه الرواية أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وقياساً على المولود من مسلم وكافر فإنه يكون مسلماً تبعاً للمسلم منهما ـ أي من الأبوين ـ؛ لأن الصغير يتبع خير الأبوين ديناً.

١٠٠٩٥ ـ الرواية الرابعة:

الاعتبار إلى زي اللقيط، فإن كان زيه مثل زي المسلمين يحكم عليه بالإسلام وإن كان زيه مثل زي الكفار بأن كان في عنقه صليب ونحوه، فيحكم عليه بالكفر.

(وجه) هذه الرواية، أن اعتبار الزي والعلامة أصل شرعي معتبر عند الاشتباه يدل عليه قوله تعالى: ﴿تَعرفُهم بِسيمَاهُمْ﴾؛ ولهذا إذا فتح المسلمون بلداً ورأوا شيخاً يعلم صبياناً حوله القرآن الكريم، وزعم أنه مسلم فإنه يجب تصديقه، ولا يجوز استرقاقه لاعتبار الزي والعلامة الدالة على إسلامه وهذه العلامة هي تعليمه القرآن الكريم.

١٠٠٩٦ ـ الرواية الراجحة:

وقدر رجح الإمام الكاساني في «بدائعه» الرواية الأولى التي تقوم على أساس اعتبار المكان ـ مكان وجود اللقيط ـ وليس دين الواجد. وهذا الترجيح بناء على اعتبار الظاهر، ولكن هذا الظاهر ينتقض إذا ثبت نسب اللقيط بالبيِّنة، فيتبع اللقيط دين من ثبت نسبه منه.

١٠٠٩٧ ـ مذهب الحنابلة:

وعند الحنابلة تفصيل نوجزه في الآتي[١٢١٩٧]:

أولاً: إذا وجد اللقيط في دار الإسلام:

وهذه الدار قسمان:

القسم الأول: دار اختطها المسلمون ـ أي بنوها وأقاموا فيها ـ كبغداد والبصرة والكوفة، فلقيط هذه الدار محكوم بإسلامه وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للإسلام؛ ولظاهر الدار وكونها دار إسلام؛ ولأن الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه.

القسم الثاني: دار فتحها المسلمون كالشام، فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام

(١٢١٩٧) «المغني» ج٥، ص٦٨٠-٦٨١.

لقيطها؛ لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للإسلام. وإن لم يكن فيها مسلم، بل كل أهلها ذميون، حكم بكفر اللقيط؛ لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال، ولا احتمال في كونه من مسلم؛ لأن الغرض عدم وجود مسلم في هذا البلد.

١٠٠٩٨ ـ ثانياً: إذا وجد اللقيط في دار الكفر:

وهذه الدار نوعان:

الأول: بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه، فهذا كالقسم الذي قبله: إن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر. وإن كان اللقيط في بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه الكفار بعقد الذمة، فهذا كالقسم الثاني من دار الإسلام.

١٠٠٩٩ ـ ثالثاً: دار لم تكن للمسلمين أصلاً:

فهذه الدار إن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر؛ لأن الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم من المسلمين الذين يدخلونها لحاجة ثم يخرجون منها، احتمل أن يحكم بإسلام اللقيط تغليباً للإسلام، واحتمل أن يحكم بكفره تغليباً للدار ولأكثر أهلها.

١٠١٠٠ ـ قول الحنابلة توضيحاً لما قالوه:

وقال الحنابلة توضيحاً لما قالوه: وفي المواضع الذي حكمنا بإسلام اللقيط، فهذا يثبت ظاهراً لا يقيناً؛ لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر، وعلى هذا لو أقام كافر بيِّنة أنه ولده، ولد على فراشه حكمنا له به وتبعه في دينه، وقال الحنابلة أيضاً: وإذا بلغ اللقيط حدّاً يصح فبه إسلامه وردّته فوصف الإسلام، فهو مسلم، سواء كان ممن حكم بإسلامه أو كفره[١٢١٩٨].

١٠١٠١ ـ مذهب الشافعية:

وعند الشافعية تفصيل في دين اللقيط هو قريب من مذهب الحنابلة نوجزه في الآتي:[١٢١٩٩].

أولاً: إذا وجد لقيط في دار الإسلام بأن سكنها المسلمون وإن كان فيها أهل الذمة، . أو وجد لقيط في دار فتحها المسلمون وأقرّوها بيد أهلها صلحاً، أو فتحوها عنوة وأقرّوها بيد أهلها بجزية، أو كان المسلمون يسكنون الدار وأجلاهم عنها الكفار، وفي هذه الدار مسلم في الصور

(١٢١٩٨) «المغني» ج٥، ص٦٨١.

(١٢١٩٩) «مغني المحتاج» ج٢، ص٤٢٢.

الأربعة التي ذكرناها يمكن أن يولد له ذلك اللقيط، ولو كان المسلم أسيراً مطلق السراح، أو كان تاجراً أو مجتازاً غير مقيم، حكم بإسلام اللقيط تغليباً للإسلام؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

ثانياً: إذا وجد اللقيط في دار الإسلام ولا مشرك فيها كالحرم الشريف، فاللقيط مسلم ظاهراً وباطناً كما قال الإمام الماوردي الشافعي. وإن وجد في دار الإسلام وفيها أهل ذمة، فهو مسلم في الظاهر.

ثالثاً: إذا وجد اللقيط في دار الحرب ـ دار الكفر ـ، فإنه يعتبر كافراً إن لم يسكنها مسلم، إذ لا وجود لمسلم يحتمل إلحاقه به.

رابعاً: وإن سكن دار الكفر ـ وهي دار حرب ـ مسلم كأسير مطلق السراح، ولكنه ممنوع من الخروج من البلد، أو تاجر يمكن أن يكون اللقيط منه ـ أي من هذا المسلم الأسير أو التاجر ـ فإنه يعتبر مسلماً على القول الأصح عند الشافعية تغليباً للإسلام.

١٠١٠٢ ـ مذهب المالكية:

وعندهم أيضاً تفصيل في بيان دين اللقيط حسب الحالات التالية[١٢٢٠٠].

١٠١٠٣ ـ أولاً: يحكم بإسلام اللقيط إن وجد في قرية من قرى المسلمين؛ لأنه الأصل والغالب، وإن كانت بين قرى الكفار، ولو التقطه كافر.

١٠١٠٤ ـ ثانياً: وإن لم يكن في القرية إلا بيت أو بيتان أو ثلاثة للمسلمين فيحكم بإسلام اللقيط أيضاً، إن التقطه مسلم تغليباً للإسلام، فإن التقطه كافر فلا يحكم بإسلامه.

وأما إن كان فيها أربعة بيوت للمسلمين فيحكم بإسلامه وإن التقطه كافر.

١٠١٠٥ ـ ثالثاً: وإن وجد اللقيط في قرية من قرى أهل الكفر وليس فيها بيت من بيوت المسلمين، فاللقيط يحكم بكفره وإن التقطه مسلم تغليباً للدار.

١٠١٠٦ ـ مذهب الجعفرية:

قالوا: الملقوط في دار الإسلام يحكم بإسلامه ولو استولى عليها أهل الكفر إذا كان في الدار مسلم؛ نظراً للاحتمال أن يكون اللقيط منه وإن كان هذا الاحتمال بعيداً تغليباً لحكم الإسلام. وإن لمن يكن فيها مسلم فلا يحكم بإسلامه، وكذا إن وجد في دار الكفر ولا مستوطن

(١٢٢٠٠) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٤، ص١٢٥-١٢٦.

هناك من المسلمين[12201].

١٠١٠٧ ـ ثانياً: دين اللقيط إذا ثبت نسبه بالدعوة:

أ ـ إذا ادعى مسلم نسب لقيط منه بأن ادعى أنه ولده ذكراً كان الولد أو أنثى، ولم ينازعه أحد في ادّعائه ثبت نسب اللقيط منه وصار ولده واعتبر مسلماً تبعاً لمدعيه في دينه.

ب : إذا ادّعى يهودي أو نصراني نسب لقيط ولم ينازعه أحد في نسبه ثبت نسب اللقيط من المدّعي ولم يتبعه في دينه، بل يعتبر اللقيط مسلماً، ويعلل ذلك الإمام الكاساني بقوله: «لو ادّعى نسبه ذمي تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلماً؛ لأنه ادّعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافراً، ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفعاً للقيط، وهو كونه ولداً له، ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضرراً به وهو كونه كافراً، فيُصدّق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه، ولا يُصدّق فيما يضره فلا يحكم بكفره. وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافراً، ألا ترى أنه يحكم بإسلامه بإسلام أُمّه وإن كان الأب كافراً»[12202].

١٠١٠٨ ـ ثالثاً: دين اللقيط إذا ثبت نسبه بالبيِّنة:

إذا ثبت نسب اللقيط ممن ادّعاه بالبيِّنة أي بالشهادة، فإنه يتبع دين من ثبت نسبه منه بالبيِّنة، فإن كان من ادّعاه ذمياً يهودياً أو نصرانياً، فإن اللقيط يكون على دينه، ويعلل الإمام الكاساني هذا الحكم مبيناً الفرق بين هذه الحالة وبين الحالة التي قبلها حيث يثبت نسب اللقيط من الكافر الذي ادّعاه، ولكن لا يتبعه بدينه، فيقول الكاساني رحمه الله: «هذا إذا أقرّ الذمي أنه ولده ولا بيّنة له، فإن أقام البيِّنة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الإقرار ـ أي بمجرد الدعوة ـ (ووجه الفرق) بين الإقرار وبين الشهادة أنه متهم في إقراره بما يتضمنه إقراره، وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة»[12203].

وهذا أيضاً مذهب الحنابلة، فقد جاء في «المغني»: «وفي الموضع الذي حكمنا بإسلامه ـ أي بإسلام اللقيط ـ إنما يثبت ذلك ظاهراً لا يقيناً؛ لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر فيتبعه في الكفر، فلو أقام كافر بيِّنة أنه ولده، ولد على فراشه حكمنا له به»[12204]، أي وتبعه في دينه، فكيون كافراً مثل أبيه على وجه التبعية لأبيه.

(١٢٢٠١) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٢٨٦.

(١٢٢٠٢) «البدائع» ج٦، ص١٩٩.

(١٢٢٠٣) «البدائع» ج٦، ص١٩٩.

(١٢٢٠٤) «المغني» ج٥، ص٦٨١.

١٠١٠٩ ـ إسلام اللقيط قبل البلوغ:

وإذا كان اللقيط محكوماً بكفره أو بإسلامه فأسلم قبل البلوغ بأن نطق بالشهادتين، ووصف الإسلام فإنه يكون مسلماً، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه إسلامه وردّته، فوصف الإسلام، فهو مسلم، سواء كان حكم بإسلامه أو بكفره»[١٢٢٠٥]، ومعنى أن يصف الإسلام أي أن يعقل الإسلام بأن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له ولا معبود له سواه، وأن محمداً عبده ورسوله، ثم ينطق بلسانه ما عقله بقلبه، فينطق بالشهادتين: وهي أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله[١٢٢٠٦].

أما الحدّ أي السن الذي إذا بلغه اللقيط صح إسلامه فقد بيَّناه من قبل عند كلامنا عن إسلام الصبي[١٢٢٠٧].

ومذهب الحنفية في قبول إسلام اللقيط إذا عقل الإسلام مثل قولهم في إسلام الصبي غير اللقيط إذا عقل الإسلام وقد تكلمنا عن ذلك[١٢٢٠٨]، إذ لا فرق بين اللقيط وغيره في قبول إسلامه وصحته إذا بلغ سناً يقبل فيها إسلامه إذ المنظور إليه في هذه المسألة كون الصبي يعقل الإسلام أم لا يعقله، وليس المنظور فيها كونه ثابت النسب أو لقيطاً مجهول النسب.

(١٢٢٠٥) «المغني» ج٥، ص٦٨١.

(١٢٢٠٦) «المغني» ج٨، ص١٣٤.

(١٢٢٠٧) الفقرة ١٠٠٨١.

(١٢٢٠٨) الفقرة ١٠٠٨٠.

الفصل الخامس

الرضاعة

١٠١١٠ ـ تمهيد

تكلمنا عن الرضاعة فيما سبق باعتبارها من أسباب الحرمة المؤبدة في النكاح، ونتكلم عنها في هذا الفصل باعتبارها من أحكام الولد من حين ولادته إلى حين فطامه باعتبارها قوتاً وغذاء له، وبالتالي فهي حقّ له. والكلام عنها بهذا المعنى والاعتبار يقتضي بيان تعريفها وما ورد بشأنها في القرآن الكريم. وبيان من له علاقة بها ـ أي أصحاب الشأن فيها ـ وهم كل من الرضيع والمرضعة والمرضع له.

١٠١١١ ـ منهج البحث:

وعليه، نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الرضاعة والحاجة إليها والنصوص فيها.
المبحث الثاني: الرضيع.
المبحث الثالث: المرضعة.
المبحث الرابع: المرضع له.

المبحث الأول

تعريف الرضاعة والحاجة إليها والنصوص فيها

١٠١١٢ ـ الرضاعة في اللغة[١٢٢٠٩]:

يقال رَضَعَ يرضِع (مثل ضرب يضرب). ورضِع يرضَع (مثل سمع يسمع) رضعاً ورضاعاً ورضاعة: أي امتص ثديها أو ضرعها. ويقال رضع الثدي أو الضرع فهو راضع والجمع رضع. والرضيع هو الراضع.

وأرضعت الأم الولد: جعلته يرضع فهي مرضعة.

وامرأة مرضع أي ذات رضع أي لها ولد ترضعه.

والرِّضاعة (بفتح الراء وكسرها) الاسم من الرضاع.

واسترضع الولد: طلب له مرضعة.

١٠١١٣ ـ الرضاعة في الاصطلاح الشرعي:

والرضاع في اصطلاح الفقهاء: وصول لبن المرأة إلى جوف الطفل بالتقامه ثدي المرأة وامتصاصه اللبن منه، أو ما يقوم مقامه بشروط معينة[١٢٢١٠].

١٠١١٤ ـ حاجة الولد إلى الرضاعة:

والولد، ذكراً كان أو أنثى، يحتاج إلى لبن أُمّه أو ما يقوم مقامه من لبن غيرها، من حين ولادته إلى وقت فطامه؛ لأن هذا اللبن الذي يرتضعه يعتبر قوته وغذاءه وبه قوام حياته فلا غنى له عنه.

(١٢٢٠٩) «لسان العرب» ج٩، ص٤٨١ـ٤٨٢، «الصحاح للجوثري» ج٣، ص١٢٢٠، «المعجم الوسيط» ج٢، ص٣٥١.

(١٢٢١٠) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٢٠٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤١٤.

١٠١١٥ ـ الرضاعة في القرآن الكريم:

وردت الرضاعة في القرآن الكريم باعتبارها سبباً من أسباب التحريم المؤبد في النكاح قال تعالى: ﴿حُرِّمت عليكُم أُمهاتُكُم وبناتُكم اللاَّتِي أرضَعْنَكُم وأخواتُكُمْ مِنَ الرَّضاعة. .﴾(١٢٢١١)، وقد تكلمنا عنها بهذا بالاعتبار عند كلامنا عن المحرمات على وجه التأبيد في الزواج.

كما وردت الرضاعة في القرآن الكريم باعتبارها قوتاً وغذاءً للطفل، وهذا ما نتكلم عنه في هذا الفصل. وبهذا الاعتبار جاء قوله تعالى في النصين الآتيين:

١٠١١٦ ـ النص الأول في الرضاعة:

قال تعالى: ﴿والوالِداتُ يُرضِعنَ أوْلادَهُنَّ حَولين كامِلين، لِمنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضاعةَ وعلى المولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسوتُهُنَّ بالمعروفِ، لَا تُكلَّفُ نفسٌ إلاَّ وُسْعها، لَا تُضارَّ والدةٌ بولدها ولا مولُودٌ لهِ بولَدِهِ وعلى الوارثِ مثْلُ ذلك، فإنْ أرادا فِصالاً عنْ تراضٍ مِنْهُما وتشاورٍ فلا جُناح عليهما، وإنْ أردْتُم أن تسترضِعُوا أولادَكُم فلا جُناح عليكُم إذا سلَّمْتُم ما آتيتُم بالمعروفِ، واتَّقُوا الله واعلمُوا أنَّ الله بما تعملُونَ بصيرٌ﴾(١٢٢١٢).

١٠١١٧ ـ النص الثاني في الرضاعة:

قال تعـالى: ﴿. . فَإنْ أرضَعْنَ لكُم فآتـوهُنَّ أُجـورهُنَّ، وأْتَمِرُوا بينَكُم بمعروفٍ، وإنْ تعاسرتُم فستُرضِع لهُ أُخرىٰ﴾(١٢٢١٣).

(١٢٢١١) [سورة النساء من الآية ٢٣].

(١٢٢١٢) [سورة البقرة، الآية ٢٣٣].

(١٢٢١٣) [سورة الطلاق من الآية ٦٥].

المبحث الثاني

الرضيـــع

١٠١١٨ ـ المقصود بالرضيع:

نريد بالرضيع في بحثنا الولد ذكراً كان أو أنثى الذي يتغذى بلبن مرضعته عن طريق إرضاعها له مدة الرضاعة.

١٠١١٩ ـ الرضاعة حقّ للرضيع:

التكييف الفقهي للرضاعة بالنسبة إلى الرضيع أنها حقّ ثابت له بحكم الشرع يلزم إيصاله إليه من قبل من وجب عليه هذا الحقّ، وقد صرّح الفقهاء بأن الرضاعة حقّ للولد، فمن أقوالهم: «لأن الرضاع حقّ للولد»[١٢٢١٤].

وعلّلوا ذلك بقولهم: «لأن الرضاع في حقّ الصغير كالنفقة في حقّ الكبير»[١٢٢١٥]. وما قالوه حقّ دلّ عليه القرآن الكريم، فقد قال تعالى: **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾**، فأوجب الله تعالى على الأب الإنفاق على مرضعة ولده؛ لأن الغذاء يصل إليه بواسطتها في الرضاع[١٢٢١٦]، فالإنفاق على المرضعة في الحقيقة نفقة له، جاء في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «وعلى من تلزمه نفقة صغير ذكراً كان أو أنثى نفقة مرضعته؛ لأن الطفل إنما يتغذى بما يتولد في المرضعة من اللبن وذلك إنما يحصل بالغذاء، فوجبت النفقة للمرضعة لأنها في الحقيقة له»[١٢٢١٧].

١٠١٢٠ ـ مدّة الرضاعة التامة سنتان كاملتان:

قال الله تعالى: **﴿والوالدات يُرْضِعنَ أوْلادهُنَّ حولين كاملين، لِمنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضاعةَ،**

(١٢٢١٤) «المجموع شرح المهذب» ج١٧، ص١٥٤.

(١٢٢١٥) «المهذب» للشيرازي و«شرحه المجموع» ج٧، ص١٥١.

(١٢٢١٦) «أحكام القرآن القرطبي» ج٣، ص١٦٣.

(١٢٢١٧) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٣٥٩.

أفادت هذه الآية الكريمة أن مدّة الرضاعة التامة هي سنتان كاملتان، مراعاة للفطرة بالنسبة إلى ضعف الأطفال في أقل البيوت أو البيئات وعلى أساس أنَّ لبن المرضعة هو الغذاء الموافق لكل طفل في هذه المدّة[١٢٢١٨].

أما سبب ذكر (حولين كاملين) دون الاقتصار على ذكر (حولين) فقط، فذلك لرفع التوهم من أن (الحولين) قد تعني حولاً وبعض الحول، إذ جائز أن تقول أقمت في بغداد حولين، وأنت تقصد حولاً وبعض الحول، فلما قال تعالى: «حولين كاملين» زال مثل هذا التوهم، وعلم أن المراد هو الرضاعة لمدة حولين دون نقصان منهما[١٢٢١٩].

١٠١٢١ ـ هل تحديد مدّة الرضاعة بالحولين ملزم؟

وإذا كانت مدّة الرضاعة التامة هي سنتان كاملتان، فهل هذه المدّة ملزمة لا يجوز تحديد مدّة الرضاعة بأقل منها، ولا يجوز للأمّ أن ترضع ولدها لأقل من مدّة سنتين؟ والجواب: إن تحديد مدّة الرضاعة بسنتين غير ملزم، فليس هو تحديد إيجاب ويدل عليه ما يأتي:

١٠١٢٢ ـ الأدلة على أن تحديد الرضاعة بسنتين غير ملزم[١٢٢٢٠]:

الدليل الأول: جاء في الآية نفسها بعد ذكر الحولين الكاملين: **﴿لِمنْ أرادَ أن يُتمَّ الرَّضاعة﴾**، فلما علق هذا الإتمام بإرادتنا ثبت أنَّ هذا الإتمام غير واجب.

الدليل الثاني: وفي الآية الكريمة: **﴿فإنْ أرادَا فِصالاً عنْ تراضٍ مِنْهُما وتَشاورٍ فَلا جُناحَ عليهِمَا﴾** والفصال هو الفطام، فهذه الآية الكريمة تدل على أن الحولين ليسا وقتاً محدداً للرضاعة؛ لأنه لو كان وقتاً محدداً للرضاعة لما علقه الشرع على الإرادة والتراضي والتشاور من الأبوين.

الدليل الثالث: قوله تعالى: **﴿فَإنْ أرادَا فِصالاً..﴾** إلخ. ورد كلمة (فصالاً) نكرة غير معرفة، ولو أريد بذكر الحولين تحديد مدّة الرضاعة على وجه الإلزام لجاءت كلمة (فصالاً) معرفة حتى يرجع ذكر الفصال إلى الحولين؛ لأنه معهود مشار إليه، فلما أطلق القرآن الكريم فيه لفظ النكرة فقال (فصالاً) دلّ ذلك على أنه لم يرد به الحولين، ومعنى ذلك أن الحولين ليسا وقتاً محدداً للرضاعة.

(١٢٢١٨) «تفسير المنار» ج٢، ص٤١٠.

(١٢٢١٩) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٦.

(١٢٢٢٠) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٦، «أحكام القرآن للجصاص» ج١، ص١٤٣، «أحكام القرآن» للقرطبي ج٣، ص١٦١-١٦٢.

١٠١٢٣ ـ لماذا حددت مدّة الرضاعة بحولين كاملين؟

وإذ قد ثبت أن ذكر «حولين كاملين» في الآية الكريمة لم يقصد به تحديد مدّة الرضاعة على وجه الإلزام بحيث لا يجوز الإنفاق على أقل منه، فما الغرض إذن، من هذا التحديد؟

والجواب: أنه تحديد لقطع التنازع بين الزوجين في مدّة الرضاع، فلا يجب على الزوج إعطاء الأجرة لأكثر من حولين. وإن أراد الأب الفطم قبل هذه المدّة ولم ترض الأم لم يكن له ذلك. والزيادة على الحولين أو النقصان منه إنما يكون عند عدم الإضرار بالمولود وعند رضا الوالدين(١٢٢٢٠).

١٠١٢٤ ـ هل تجوز الرضاعة لأقل من سنتين؟

وإذا كان ذكر حولين كاملين للرضاعة لا يدل على تحديدها بهذه المدة على وجه الحتم والإلزام، فهل يعني هذا جواز أن تكون الرضاعة لأقل من سنتين؟

والجواب: نعم؛ لقوله تعالى: **﴿لِمنْ أرادَ أن يُتمَّ الرَّضاعةَ﴾** فإتمام الرضاعة بجعلها سنتين معلق بإرادة الأب، قال الإمام الرازي: يرضعن حولين لمن أراد أن يتم الإرضاع من الآباء. وعن قتادة: أنزل الله حولين كاملين، ثم أنزل اليسر والتخفيف، فقال: **﴿لِمن أرادَ أن يُتمَّ الرَّضاعةَ﴾**، والمعنى أنه تعالى جوز النقصان عن الحولين بذكر هذه بالآية(١٢٢٢١).

١٠١٢٥ ـ مقدار النقصان عن سنتين:

وإذا جاز تنقيص مدّة الرضاع عن سنتين، فما مقدار النقصان الجائز؟

الواقع أن هذا متروك لاجتهاد الوالدين إذ لم يرد ذكر لمقدار النقصان في القرآن الكريم، جاء في «تفسير المنار» بشأن قوله تعالى: **﴿لِمنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضاعةَ﴾** أجاز الاقتصار على ما دون الحولين ولم يحدد أقل المدّة، بل وكله إلى اجتهاد الوالدين الذي تراعى فيه صحة الطفل، فمن الأطفال السريع النمو الذي يستغني عن اللبن بالطعام اللطيف قبل تمام الحولين بعدة أشهر، ومنهم القميء البطيء النمو الذي لا يستغني عن ذلك(١٢٢٢٢).

١٠١٢٦ ـ شروط تنقيص مدّة الرضاعة عن الحولين:

الشرط الأول ـ اتفاق الوالدين:

(١٢٢٢٠) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٦٢، «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٦.

(١٢٢٢١) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٧، و«تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٧٩.

(١٢٢٢٢) «تفسير المنار» ج٢، ص٤١٠.

يشترط لتنقيص مدّة الرضاعة عن الحولين اتفاق الوالدين ورضاهما، والدليل على ذلك قوله تعالى: **﴿فإنْ أرادا فِصالاً عنْ تراضٍ مِنْهُمَا وتَشاورٍ فلا جُناحَ عليهِمَا﴾**، وقد جاء في تفسير هذه الآية: فإن أراد الوالدان فصالاً أي فطاماً للولد قبل الحولين عن تراض من الوالدين لا من أحدهما فقط لاحتمال إقدامه على ما يضر بالولد بأن تمد الأم إرضاعه، أو يبخل الأب عن دفع أجرة الرضاع. (وتشاور) أي وعد تشاور من قبل الوالدين فيما بينهما وبين أرباب التجارب في الرضاعة والفطام بشأن الولد وفطامه بعد تفحص أحواله، فلا جناح عليهما في ذلك. وإنما اعتبر رضا الوالدة مع أن ولي الولد هو الأب، وصلاحه منوط بنظره، مراعاة لصلاح الطفل؛ لأن الوالدة لكمال شفقتها على الصبي ربما ترى ما فيه المصلحة له فلا ترضى بتنقيص مدّة الرضاعة عن سنتين، فإذا رضيت مع الأب في هذا التنقيص بعد التشاور فيما بينهما ومع أرباب التجارب، فإنه يبعد جداً أن تحصل موافقة الجميع: الوالدان وأصحاب التجارب في الرضاعة والفطام، على ما يكون فيه إضرار بالولد، بل يكون أغلب الظن الذي يقرب من اليقين على أن الفطام قبل الحولين لا يضر الطفل. فلينظر المسلم إلى إحسان الله بهذا الطفل الصغير وعظم عنايته به إذ شرط لجواز فطامه قبل مضي الحولين، هذا الشرط دفعاً للمضار عنه. فالشرط، إذن، لتنقيص مدّة الرضاع رضا الوالدين وموافقتهما على فطام ولدهما قبل مضي الحولين وهذا هو صريح قول المفسرين[١٢٢٢٣]. وكذلك هو قول الفقهاء[١٢٢٢٤].

١٠١٢٧ ـ الشرط الثاني لتنقيص مدّة الرضاع عن الحولين:

ويشترط لتنقيص مدّة الرضاع وهي سنتان عدم الإضرار بالرضيع بهذا التنقيص، أي عدم الإضرار به بجعل مدّة إرضاعه أقل من سنتين. وقد يقال لا داعي لهذا الشرط ما دام قد اشترط الشرع رضا الوالدين بالفطام قبل مضي السنتين باعتبار أن رضاهما يدل على عدم وجود ضرر بالطفل بهذا الفطام. والجواب: نعم إن رضاهما بالفطام قبل مضي الحولين يشعر بذلك، ولكن من باب الاحتياط للطفل ذكر الفقهاء هذا الشرط، حتى يحتاط الوالدان فيما يقررانه بشأن فطام الولد ويبالغا بالحذر والتأني والنظر فيما هو أصلح للطفل.

١٠١٢٨ ـ من أقوال المفسرين والفقهاء في هذا الشرط:

ومن أقوال المفسرين والفقهاء في هذا الشرط ـ شرط عدم الإضرار بالطفل بفطمه قبل

(١٢٢٢٣) «تفسير الرازي»ج٦، ص١٣٢، «تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٨٤، «تفسر الكشاف» ج١، ص٢٨٠-٢٨١، «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٧١-١٧٢، «روح المعاني» للآلوسي ج٢، ص١٤٧-١٤٨، «تفسير المنار» للمرحوم رشيد رضا ج٢، ص٤١٤.

(١٢٢٢٤) «المحلى» لابن حزم ج١٠، ص٣٣٥، «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨.

الحولين ـ ما قاله الإمام القرطبي في «تفسيره»: «والزيادة على الحولين أو النقصان إنما يكون عند عدم الإضرار بالمولود وعند رضا الوالدين»(١٢٢٢٥).

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يفطم قبل الحولين إلا بإذن أبويه، فيجوز إلا أن يتضرر الصغير، فلا يجوز ولو رضيا لحديث: لا ضرر ولا ضرار»(١٢٢٢٦).

وفي «المحلى» لابن حزم في فقه الظاهرية: «فإن أرادا ـ الوالدان ـ جميعاً فصاله قبل الحولين، فإن كان في ذلك ضرر على الرضيع لمرض به أو لضعف بنيته أو لأنه لا يقبل الطعام لم يجز ذلك لهما»(١٢٢٢٧).

١٠١٢٩ ـ هل تجوز الرضاعة لأكثر من سنتين؟

قلنا إن ذكر (حولين كاملين) في آية الرضاعة ليس هو لتحديد مدّة الرضاع على وجه الإيجاب وبيّنا دليل ذلك، وقلنا أيضاً: إنه يجوز تنقيص هذه المدّة بجعل مدّة الرضاعة أقل من سنتين باتفاق الوالدين، ونسأل هنا هل يجوز جعل مدّة الرضاع أكثر من سنتين؟ والجواب: نعم. يجوز الفطام بعد الحولين، كما يجوز قبلهما. إذا رضي الوالدان ولم يكن في تأخير فطامه ضرر بالطفل، وكان في تأخير فطامه مصلحة وبذلك صرَّح المفسرون، فمن أقوالهم:

١٠١٣٠ ـ من أقوال المفسرين في إرضاع الطفل أكثر من سنتين:

أ : قال الزمخشري في قوله تعالى: **﴿فإنْ أرادَا فِصالاً عنْ تراضٍ مِنْهُما وتشاورٍ فلا جُناح عليهِما﴾** أي فلا جناح عليهما في ذلك زادا على الحولين أو نقصا منه وهذه توسعة بعد التحديد ـ أي بعد تحديد الرضاعة بسنتين ـ(١٢٢٢٨).

١٠١٣١ ـ ب : وقال الإمام القرطبي: «والزيادة على الحولين أو النقصان إنما يكون عند عدم الإضرار بالمولود وعند رضا الوالدين»(١٢٢٢٩).

١٠١٣٢ ـ جـ : وقال الإمام الجصاص: «وعن ابن عباس في قوله تعالى: **﴿فإنْ أرادَا فِصالاً عن تراضٍ مِنْهُما وتَشاورٍ فَلا جُناحَ عليهِمَا﴾**، أي فلا حرج إن أرادا أن يفطماه قبل الحولين أو بعده»(١٢٢٣٠).

(١٢٢٢٥) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٦٢.

(١٢٢٢٦) «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨.

(١٢٢٢٧) «المحلىٰ» لابن حزم ج١٠، ص٣٣٥.

(١٢٢٢٨) «تفسير الزمخشري» جأ٣، ص٢٨٠.

(١٢٢٢٩) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٦٢.

(١٢٢٣٠) «أحكام القرآن» للجصاص ج١، ص٤٠٩.

١٠١٣٣ ـ د : وقال الإمام الرازي في قوله تعالى: ﴿فإنْ أرادَا فِصالاً . .﴾ الآية أنها تدل على أن الفطام قبل الحولين جائز وبعده أيضاً جائز، وهذا مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما»[١٢٢٣١].

١٠١٣٤ ـ هـ : وفي «تفسير المنار»: «كان للوالدين أن يفطماه قبل هذه المدّة ـ أي قبل الحولين ـ أو بعدها إذا اتفق رأيهما على ذلك بعد التشاور فيه»[١٢٢٣٢].

١٠١٣٥ ـ من أقوال الفقهاء في إرضاع الطفل أكثر من سنتين:

جاء في «المحلى» لابن حزم: «فَإِنْ أرَادَا ـ أي الأبوان ـ التمادي على إرضاعه بعد الحولين فلهما ذلك، فإن أراد أحدهما بعد الحولين فصاله وأبى الآخر منهما: فإن كان في ذلك ضرر على الرضيع لم يجز فصاله، وكذلك لو اتفقا على فصاله. وإن كان لا ضرر على الرضيع في فصاله بعد الحولين، فأي الأبوين أراد فصاله بعد تمام الحولين فله ذلك»[١٢٢٣٣].

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: وقال ابن القيم في «تحفة الودود في أحكام المولود»: ويجوز أن تستمر الأُمّ على إرضاعه بعد الحولين إلى نصف الحول الثالث أو أكثره»[١٢٢٣٤].

(١٢٢٣١) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٣١.

(١٢٢٣٢) «تفسير المنار» ج٢، ص٤١٤.

(١٢٢٣٣) «المحلىٰ» ج١٠، ص٣٣٥.

(١٢٢٣٤) «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨.

المبحث الثالث

المرضعة

١٠١٣٦ ـ الوالدة هي المرضعة:

والأصل أن الوالدة هي التي ترضع ولدها قال تعالى: ﴿والوالِداتُ يُرضعنَ أولادهُنَّ حولينِ كاملينِ..﴾

١٠١٣٧ ـ المقصود بالوالدة التي ترضع ولدها:

وللمفسرين ثلاثة أقوال في المراد من (الوالدات) في الآية الكريمة: ﴿والوالِدتُ يُرضِعْنَ أوْلَادَهُنَّ..﴾ وهذه الأقوال هي[١٢٢٣٥].

١٠١٣٨ ـ القول الأول وأدلته:

إن المقصود من (الوالدات) الوالدات المطلقات، وهذا قول السدّي والضحاك وغيرهما وهو اختيار صاحب «تفسير المنار» والحجة لهذا القول ما يأتي:

أ : إن الله تعالى ذكر هذه الآية: ﴿وَالوالِداتُ يُرضِعنَ أوْلادَهُنَّ..﴾ عقيب آية الطلاق، فكانت هذه الآية تتمة لأحكام المطلقات؛ لأن الزوجين قد يفترقان وعندهما ولد، فبينت هذه الآية حكم إرضاعه.

ب : إذا حصلت الفرقة بين الزوجين حصل التباغض والتعادي، وذلك قد يحمل المرأة على إيذاء الولد؛ لأن إيذاءه يتضمن إيذاء الزوج المطلق، وأيضاً ربما رغبت في التزوج بزوج آخر، وذلك يفضي إلى إهمالها أمر طفلها من مطلقها، فلما كان هذا الاحتمال قائماً ندب الله تعالى الوالدات المطلقات إلى رعاية جانب أطفالهن والاهتمام بشؤونهن ومنها إرضاعهم.

جـ : إيجاب رزقهن وكسوتهن على الوالد يدل على أن المقصود بهن الوالدات المطلقات؛

(١٢٢٣٥) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٤ـ١٢٥، «تفسير القرطبي» ج٦، ص١٦٠، «روح المعاني» للآلوسي ج٢، ص١٤٥ـ١٤٦، «تفسير المنار» ج٢، ص٤٠٨ـ٤٠٩.

لأنه لو كان المقصود الوالدات في حال قيام الزوجية لما كان هناك حاجة إلى هذا الإيجاب؛ لأن نفقة الزوجة على زوجها هي بسبب الزوجية لا الرضاع.

١٠١٣٩ ـ القول الثاني، وأدلته:

المقصود بالوالدات في الآية الكريمة الوالدات حال قيام الزوجية، وهذا اختيار الواحدي، وهو ترجيح الإمام القرطبي، والحجة لهذا القول ما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾**، يدل على أن المقصود بالوالدات: الوالدات حال قيام النكاح؛ لأن المطلقة لا تستحق الكسوة وإنما تستحق الأجرة، أما الزوجة فهي التي تستحق النفقة (الرزق) والكسوة.

ثانياً: وإذا قيل إذا كانت الزوجية قائمة، فالوالدة ـ أي الزوجة ـ تستحق النفقة والكسوة بسبب الزوجية، سواء أرضعت ولدها أم لم ترضعه فما وجه تعليق هذا الاستحقاق بالإرضاع؟ فالجواب أن النفقة والكسوة للزوجة في مقابل التمكين أي تمكين الزوج بالاستمتاع بها، فإذا اشتغلت بإرضاع ولدها ولو كان منه، لم تتفرغ إلى خدمة زوجها وبالتالي لم يحصل له منها كمال التمكين بالاستمتاع بها، فربما يتوهم متوهم أن ذلك يستدعي سقوط نفقتها عن زوجها لحصول هذا الخلل فقطع الله ذلك الوهم بإيجاب الرزق والكسوة لها، وإن اشتغلت بإرضاع ولدها.

١٠١٤٠ ـ القول الثالث:

المقصود بالوالدات اللاتي يرضعن أولادهن، جميع الوالدات سواء كنَّ مطلقات أو غير مطلقات. والدليل عليه أن اللفظ عام وهو قوله تعالى: **﴿والوالداتُ﴾** ولا دليل على تخصيصه فيجب تركه على عمومه، ويكون ذكر الرزق والكسوة خاصاً ببعض أفراد العام.

وقد رجح هذا القول الآلوسي في «تفسيره» وقال: ولا يخفى أن الحمل على العموم أولى، ولا يفوت الغرض من التعقيب ـ أي من ورود هذه الآية عقيب آية الطلاق وفيها بعض أحكامه ـ وإيجاب الرزق والكسوة للمرضعات لا يقتضي التخصيص؛ لأنه باعتبار البعض ـ أي باعتبار بعض أفراد الوالدات وهن المطلقات ـ، وإنما لم يذكر الأجرة لمن يستحقها من الوالدات المرضعات ـ وهن المطلقات ـ وإنما عبّر بمصرفها الغالب وهو الرزق والكسوة حثاً على إعطائها نفسها أو إعطاء ما تصرف لأجله.

١٠١٤١ ـ القول الراجح:

والراجح هو القول الثالث، فالأولى حمل لفظ (الوالدات) في الآية الكريمة على العموم

ـ أي على جميع الـوالدات، أي عليهن حال قيام الزوجية ـ وعلى الوالدات المطلقات عملاً بالقـاعـدة الأصـولية: «العـام على عمـومـه حتى يقوم دليل التخصيص»، ولا دليل هنا على التخصيص، وما قيل في تخصيصه لا يرقى إلى درجة الدليل المقنع للتخصيص.

١٠١٤٢ ـ هل يجب على الوالدة إرضاع ولدها؟

قلنا: إن الرضاعة بالنسبة إلى الولد هي حقّ له. فما تكييفها الشرعي بالنسبة للوالدة؟ بمعنى هل إرضاع ولدها من قبلها واجب عليها، أم هو حقّ لها؟ والجواب يتضح مما يأتي:

١٠١٤٣ ـ أولاً: قوله تعالى: **﴿والوالِداتُ يُرضعنَ أوْلادَهُنَّ..﴾** قال أهل التفسير: إن هذه الآية الكريمة وإن جاءت بصيغة الخبر بأن الوالدات يرضعن أولادهن إلا أنها في المعنى أمر. قال الرازي في «تفسيره» لهذه الآية: هذا الكلام وإن كان بلفظ الخبر إلا أنه في المعنى أمر[١٢٢٣٦].

١٠١٤٣م ـ ثانياً: إذا كان المقصود بالآية أمر الوالدات بإرضاع أولادهن وليس الإخبار عنهن بذلك، فما طبيعة هذا الأمر؟ قولان للمفسرين:

١٠١٤٤ ـ القول الأول: إنه للندب:

فيندب للوالدات إرضاع أولادهن، والحجة لهذا القول[١٢٢٣٧] من وجوه:

أ : قوله تعالى: **﴿فَإنْ أرضعنَ لكُمْ فآتوهُنَّ أُجورهُنَّ﴾** ولو كان الإرضاع عليها واجباً لما استحقت الأجرة.

ب : قوله تعالى: **﴿وعَلىٰ المولُودِ لهُ رزْقُهُنَّ وَكِسوتُهُنَّ﴾** والوالدة قد تكون مطلقة، فلم يكن وجوب زرقها على الوالد إلا بسبب الإرضاع، فلو كان الإرضاع واجباً عليها لما وجب ذلك.

جـ : وإذا ثبت أن الإرضاع غير واجب عليها، فالأمر بالإرضاع محمول على الندب من حيث أن تربية الطفل بلبن الأم أصلح له من سائر الألبان، ومن حيث أن شفقة الأم عليه أتم من شفقة غيرها. هذا إذا لم يبلغ الحال بالطفل إلى حدّ الاضطرار بأن لا يوجد من يرضعه غير والدته، أو أن الطفل لا يقبل غير ثديها، ففي هذه الحالات يكون إرضاعه من قبل الأم واجباً عليها كما يجب على كل أحد مواساة المضطر في إطعامه.

(١٢٢٣٦) «أحكام القرآن» للجصاص ج١، ص٤٠٣، «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٥.

(١٢٢٣٧) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٥، «تفسير الزمخشري ج١، ص٢٧٨-٢٧٩، «روح المعاني» للآلوسي ج٢، ص١٤٥.

١٠١٤٥ ـ القول الثاني: إنه للوجوب بالنسبة للوالدات حال قيام الزوجية:

والقول الثاني: إن دلالة الآية على أمر الوالدات بإرضاع أولادهن فهذا الأمر للوجوب في حال قيام الزوجية، والحجة لهذا القول أن قوله تعالى: ﴿**والوالِداتُ يُرضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ**﴾ ليس صريحاً في إيجاب الإرضاع على الوالدات؛ لأنه لم يرد بتعبير يفيد الوجوب الصريح مثل: «وعلى الوالدات إرضاع أولادهن» ولكن مع هذا ولاحتمال الآية الوجوب فإن إرضاع الوالدة لولدها يكون واجباً عليها في حال قيام الزوجية باعتبار أن هذا الوجوب من قبيل العرف اللازم إذ أنه قد صار كالشرط في عقد النكاح. وكذلك يجب الإرضاع على الوالدة إن لم يقبل الولد غير ثديها، وكذلك يكون الإرضاع واجباً عليها إذا عدم الأب لاختصاصها به(١٢٢٣٨).

١٠١٤٦ ـ القول الثالث: وجوب الإرضاع على الوالدات مطلقاً:

فيجب على الوالدات إرضاع أولادهن مطلقاً ـ أي سواء كنّ زوجات غير مطلّقات أو كنّ مطلّقات ـ؛ لأن قوله تعالى: ﴿**والوالِداتُ يُرْضعنَ أَوْلادهُنَّ حَولَيْنِ كامِلَينِ**﴾ يدل على الأمر بالإرضاع لا على الخبر عن الإرضاع، والظاهر أن الأمر بالإرضاع هو للوجوب مطلقاً، وعلى هذا، فيجب على الأُمّ إرضاع ولدها حال قيام النكاح وبعد انقطاعه إن لم يكن عذر مانع من مرض ونحوه. ولا يمنع الوجوب جواز استنابة الظئر عنها مع أمن الضرر؛ لأن هذا الوجوب للمصلحة لا للتعبد، فإذا اتفق الوالدان على استئجار ظئر ورأيا أنها تقوم مقام الوالدة، فلا بأس بذلك كما في حال اتفاقهما على فطام ولدهما قبل مضي الحولين أو بعد مضيهما. وهذا القول هو اختيار المرحوم رشيد رضا صاحب «تفسير المنار» وشيخه محمد عبده رحمهما الله تعالى(١٢٢٣٩).

١٠١٤٧ ـ القول الراجح الارضاع واجب عى الوالدة حال قيام الزوجية:

والراجح من أقوال المفسرين هو أن إرضاع الطفل واجب على أُمّه مطلقاً إلا لمانع شرعي كمرض الأمّ أو جفاف ثديها من اللبن. وهذا الوجوب لا يسري على الأمّ المطلّقة لقوله تعالى: ﴿**فـإنْ أرضَعن لكُمْ فآتُـوهُنَّ أُجـورهُنَّ وأتَمِـروا بمعـروفٍ، وإنْ تَعاسَـرْتُم فستُـرضـعُ له أُخرى**﴾(١٢٢٤٠)، فهذه الآية الكريمة وردت في سورة الطلاق في حقّ المطلقات ويفهم منها عدم وجوب الإرضاع على الأمّ المطلقة فلا يسري حكمها على الوالدات في حال قيام الزوجية،

(١٢٢٣٨) «أحكام القرآن» لابن العربي ج١، ص٢٠٤، «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٦١.

(١١٢٣٩) «تفسير المنار» ج٢، ص٤٠٩ ـ ٤١٠، والظئر هي المرضعة لغير ولدها.

(١٢٢٤٠) [سورة الطلاق، الآية ٦].

وعلى هذا، لا وجـه للاحتجاج بهذه الآية لعدم وجوب الإرضاع على الوالدات في حال قيام الزوجية كما ذهب إلى ذلك أصحاب القول الأول، إلا أنه يبقى من المندوب إليه في حقّ الوالدة المطلقة أن ترضع ولدها لدخولها في عموم (الوالدات) وإن استثنيت من الوجوب بموجب آية سورة الطلاق التي ذكرناها. ووجه الندب أن الأم أشفق وأحنى على ولدها من غيرها ولبنها أصلح الألبان لولدها، ولا ينبغي أن يكون طلاقها من أبيه مانعاً يمنعها من إرضاعه، فإنه ولدها وإن كان ولد مطلقها.

١٠١٤٨ - هل إرضاع الوالدة ولدها حقّ لها؟

قلنا: إن الراجح من أقوال المفسرين أن إرضاع الأُمّ ولدها واجب عليها حال قيام الزوجية، فهل يمكن اعتباره حقّاً لها؟

والجواب: نعم. ولكن كيف يكون إرضاع الولد واجباً على أُمّه وحقاً لها في نفس الوقت؟ والجواب: أن المقصود من قولنا: إن الإرضاع حقّ لها أي أن الأمّ أحقّ بإرضاع ولدها من غيرها ما دامت راغبـة في ذلـك وقادرة عليه، سواء كان إرضاعها بالمجان أو بأجر المثل، ولولا أن الإرضاع حقّ لها لما كانت أحقّ به من غيرها. وبناء على ذلك لا يجوز للأب أن يمنعها من إرضاعه ولا أن ينتزعه منها ولا أن يسلمه إلى ظئر لترضعه ما دامت هي راغبة في إرضاعه، وبهذا قال أهل التفسير، فمن أقوالهم ما يأتي:

١٠١٤٩ - أولاً: قال الإمام الجصّاص في قوله تعالى: ﴿**والوالِداتُ يُرضعنَ أوْلادَهُنَّ حَولينِ كامِلَينِ**﴾ إن هذه الآية قد حوت على معنيين: (أحـدهـمـا): أن الأم أحقّ برضـاع ولدها في الحولين وأنه ليس للأب أن يسترضع له غيرها إذا رضيت بأن ترضعه[١٢٢٤١]. ثم قال الجصّاص رحمه الله: «فجعل الله تعالى الأم أحقّ برضاع الولد في هذه المدّة - الحولين -، ثم أكدّ ذلك بقوله تعالى: ﴿**لاَ تُضارَّ وَالدَةٌ بولَدِها**﴾ يعني، والله أعلم، أنها إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها، وهو كما قال تعالى في آية أخرى: ﴿**فإنْ أرْضَعنَ لَكُمْ فآتوهُنَّ أُجورَهُنَّ**﴾ فجعلها أولى بالرضاع، ثم قال تعالى: ﴿**وإنْ تَعاسَرتُمْ فستُرْضِعُ لهُ أُخرى**﴾ فلم يسقط حقّها من الرضاع إلا عند التعاسر»[١٢٢٤٢].

١٠١٥٠ - وقال الإمام القرطبي في قوله تعالى: ﴿**لاَ تُضارَّ وَالدَةٌ بولَدِها ولاَ مَوْلُودٌ لَهُ بوَلَدِهِ**﴾ المعنى: لا تأبَ الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يحلّ للأب أن

(١٢٢٤١) «أحكام القرآن» للجصاص ج١، ص٤٠٤.

(١٢٢٤٢) «أحكام القرآن» للجصاص ج١، ص٤٠٥.

يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع، هذا قول جمهور المفسرين»[١٢٢٤٣].

١٠١٥١ ـ وفي «تفسير المنار»: «كما يجب على الأمّ إرضاع ولدها، يجب لها ذلك بمعنى أنه ليس للوالد أن يمنعها منه..»[١٢٢٤٤].

١٠١٥٢ ـ إرضاع الوالد حقّ للوالدة وإن كانت مطلقة:

والوالدة أحقّ بإرضاع ولدها وإن كانت مطلقة، فقد قال تعالى: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ أي إذا رضيت الأمّ المطلقة بأن ترضع ولدها بأجر مثلها لم يكن للأب أن يسترضع غيرها؛ لأمر الله تعالى إياه بإعطاء الأجرة إذا أرضعت»[١٢٢٤٥]. وقال تعالى: ﴿**وإِنْ تعاسرْتُم فستُرضِعُ لهُ أُخرىٰ**﴾ فلم يسقط حقّها من الرضاع إلا عند التعاسر»[١٢٢٤٦] وأيضاً: «فإن من حقوق الوالدات أن يرضعن أولادهن، وما المطلقات إلا والدات، فيجب تمكينهن من إرضاع أولادهن المدّة التامة للرضاع..»[١٢٢٤٧]

١٠١٥٣ ـ أقوال الفقهاء في تكييف الرضاع بالنسبة للوالدة:

ذكرنا التكييف الشرعي للرضاع بالنسبة للوالدة حسب ما يفهم من أقوال المفسرين ونريد التعرف على رأي الفقهاء في التكييف الشرعي للإرضاع بالنسبة للوالدة، فمن أقوالهم التي نذكرها فيما يلي:

١٠١٥٤ ـ أولاً: عند الحنفية:

أ: جاء في «الهداية» و«فتح القدير»: «وإن كان الصغير رضيعاً، فليس على أمه أن ترضعه جبراً إذا امتنعت وإن كانت الزوجية قائمة، بمعنى أنها إذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه؛ لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع إلا أن الإرضاع واجب عليها ديانة؛ لقوله تعالى: ﴿**و الوَالِداتُ يُرضِعْنَ أوْلَادهُنَّ حَوْلينِ كامِلَيْن**﴾، إلّا أن الإرضاع لا تجبر عليه لاحتمال عجزها عنه. وعدم الجبر إنما يكون إذا وجد من ترضعه، فإذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدي غيرها أُجبرت[١٢٢٤٨].

(١٢٢٤٣) «تفسير القرآن» للقرطبي ج٣، ص١٦٧.

(١٢٢٤٤) «تفسير المنار» ج٢، ص٤١٠.

(١٢٢٤٥) «أحكام القرآن» للجصاص ج٣، ص٤٦٣.

(١٢٢٤٦) «أحكام القرآن» للجصاص ج٣، ص٤٠٥.

(١٢٢٤٧) «تفسير المنار» للمرحوم رشيد رضا ج٢، ص٤١٠.

(١٢٢٤٨) «الهداية» و«فتح القدير» ج٧٣ ص٣٤٥.

ب : وفي «الدّر المختار وردّ المحتار»: «وليس على أمّه التي في نكاح الأب أو المطلقة إرضاعه قضاءً، بل ديانة إلا إذا تعينت بأن لم يجد الأب من ترضعه أو كان الولد لا يأخذ ثدي غيرها، وإن لم يكن للأب ولا للولد مال تجبر الأمّ على إرضاعه»[12249].

جـ : وفي «المبسوط» للسرخسي: «لأن في حال بقاء النكاح الرضاع من الأعمال المستحقة عليها ديناً، وبعد الفرقة ليس ذلك بمستحق عليها ديناً ولا دنيا. وليس للأب أن يأخذ الولد منها، وإن أخذته الأم بمثل أجر الظئر، فهي أحقّ به؛ لأنها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له... وإن أبت أن ترضع ولدها لم تكره على ذلك؛ لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها إلى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الأعمال تؤمر بها تديناً ولا تجبر عليه في الحكم ـ أي في حكم القضاء ـ، نحو كنس الدار وغسل الثياب والطبخ والخبز، فكذلك إرضاع الولد[12250].

د : وفي «جامع أحكام الصغار»: «قال أصحابنا ـ أي الحنفية ـ رحمهم الله لا تجبر الأم على إرضاع ولدها؛ لأن الإرضاع بمنزلة النفقة، ونفقة الأولاد تجب على الأباء لا على الأمهات، فكذا الإرضاع[12251].

١٠١٥٥ ـ وخلاصة مذهب الحنفية أن إرضاع الطفل واجب ديانة على أمه وليس بواجب قضاء، سواء كانت الزوجية قائمة أو منقطعة، وإنما يجب عليها الإرضاع إذا لم يوجد من ترضعه أو لا يأخذ ثدي غيرها. وأنها أحقّ من غيرها إذا أرادت إرضاع ولدها بأجر المثل.

١٠١٥٦ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

أ : قالوا: على الأم أن ترضع ولدها (اللبأ) وهو اللبن النازل أول الولادة؛ لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً ومدّته يسيرة ثم بعد إرضاع (اللبأ) إن لم يوجد إلا الأم وجب عليها إرضاعه إبقاء للولد. وإن وجدت أجنبية ترضعه لم تجبر الأمّ على إرضاع ولدها وإن كانت في نكاح أبيه. فإن رغبت الأمّ في إرضاع ولدها وهي منكوحة أبيه، فله منعها مع الكراهة من إرضاعه في القول الأصح في المذهب؛ لأن زوجها يستحق الاستمتاع بها في الأوقات المصروفة إلى الرضاع. وقال النووي: الأصح ليس له منعها مع وجود غيرها؛ لأن فيه إضراراً بالولد لأنها عليه أشفق ولبنها له أصلح[12252].

(١٢٢٤٩) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦١٨.

(١٢٢٥٠) «المبسوط» ج٥، ص٢٠٨-٢٠٩.

(١٢٢٥١) «جامع أحكام الصغار» ج١، ص٣٢٥.

(١٢٢٥٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٩-٤٥٠، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٢١١-٢١٢.

ب : وفي «المهذب» للشيرازي : «فإن كان الولد من زوجته وامتنعت من الإرضاع لم تجبر؛ لأنها إذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع؛ لأن الرضاع في حقّ الصغير كالنفقة في حقّ الكبير.

وإن أرادت إرضاعه كره للزوج منعها؛ لأن لبنها أوفق له، وإن منعها منه كان له ذلك؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها في كل وقت إلا في وقت العبادة، فلا يجوز لها تفويته عليه بالرضاع. فإن طلبت أجر المثل على الرضاع ولم يكن للأب من يرضع بدون أجرة كانت الأمّ أحقّ به(١٢٢٥٣).

١٠١٥٧ ـ وخلاصة مذهب الشافعية أن إرضاع الطفل ليس واجباً على أُمه ولا حقاً لها؛ لأن للزوج أن يمنعها منه، وتكون أحقّ بالإرضاع من غيرها إذا رضي الزوج بإرضاعه من قبلها وتبرعت بالإرضاع أو طلبت أجر المثل على إرضاعه، ولم يكن هناك من يتبرع بإرضاعه.

١٠١٥٨ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

وعندهم يجب على الأمّ المتزوجة بأبي الرضيع أو المطلقة رجعياً رضاع ولده من ذلك الزوج بلا أجرة منه، ويستثنى من ذلك عالية القدر ـ أي من كانت من أشراف الناس، أي من أهل العلم والصلاح أو من ذوي النسب الذي شأنهم عدم إرضاع نسائهم أولادهن، فلا يلزمها إرضاعه حيث كان الولد يقبل ثدي غيرها. والمطلقة بائناً لا يلزمها إرضاع ولدها إلا إذا كان الولد لا يقبل غيرها. والأم التي لا يلزمها الإرضاع أحقّ بإرضاع ولدها بأجر المثل إذا رغبت في ذلك من الأجنبية التي ترضعه مجاناً أو بأجرة أقل مما تأخذه أم الولد.

وقالوا: والأم التي يجب عليها الرضاع ـ وهي ذات الزوج والرجعية إذا كانت كل منهما غير علية القدر ـ والمطلقة البائن سواء كانت علية القدر أم لا، في حالة عدم وجود الأب ـ أي افتقاره أو موته ولا مال للولد ـ، إن لم يكن للأم التي يجب عليها الإرضاع، وللبائن، لبن أو لها ولا يكفيها أو مرضت أو انقطع لبنها أو حملت فعلى الأم في هذه الحالات أن تستأجر من يرضع لها ولدها، ولا رجوع لها بالأجرة على الأب أو الوصي إذا أيسر(١٢٢٥٤).

١٠١٥٩ ـ وخلاصة مذهب المالكية أن إرضاع الطفل واجب على أمّه، وأن هذا الإرضاع

(١٢٢٥٣) «المهذب» للشيرازي ج١٧، ص١٥١-١٥٢.

(١٢٢٥٤) «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٥٢٥-٥٢٦، «الشرح الصغير» للدردير ج١، ص٥٢٧، «مواهب الجليل بشرح مختصر خليل» للحطاب ج٤، ص٢١٣-٢١٤، و«التاج» و«الإكليل» لمختصر خليل للمواق ج٤، ص٢١٣-٢١٤.

حقّ لها حتى إنها تقدم على الأجنبية التي تتبرع بإرضاعه وإن كانت هي تأخذ أجرة المثل على إرضاعه.

١٠١٦٠ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

عند الحنابلة تفصيل وأقوال في علاقة الأم بإرضاع ولدها، نذكرها فيما يلي، ثم نستخلص منها ما يمكن أن يكون هو مذهبهم في التكليف الشرعي بالنسبة للأم.

أ : إن إرضاع الولد يتحمله الأب وحده، وليس له إجبار أم الولد على إرضاعه، سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة أو كانت الزوجة مطلقة. وقال ابن قدامة ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة (أي مطلقة ونحوها) خلافاً.

فأما إن كانت مع الزوج ـ أي في حال قيام الزوجية ـ، فكذلك الحكم أي لا تجبر على إرضاع ولدها لقوله تعالى: **﴿وإنْ تعاسرْتُم فستُرضِعُ لهُ أُخرىٰ﴾**، وإذا اختلفا، فقد تعاسرا. ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما أن يكون لحقّ الولد، أو لحقّ الزوج، أو لحقهما: لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك إجبارها على إرضاع ولده من غيرها، ولا على خدمته فيما يختص به. ولا يجوز أن يكون لحقّ الولد، فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة، ولأنه مما يلزم الولد لولده، فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة. ولا يجوز أن يكون لهما ـ أي للولد وللزوج ـ؛ لأن مالا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض؛ ولأنه لو كانت لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة. والآية: **﴿والوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أوْلَادَهُنَّ حَوْلَينِ كامِلَينِ﴾** محمولة على حال الإنفاق وعدم التعاسر[١٢٢٥٥].

ب : ولكن إن اضطر الطفل إلى الارتضاع من أمّه، أو يخشى عليه بأن لا توجد مرضعة سواها، أو لا يقبل الارتضاع من غيرها، فإرضاعه من قبلها واجب عليها؛ لأنه حال ضرورة وحفظ نفس محترمة كما لو لم يكن له أحد غيرها[١٢٢٥٦].

جـ : ويجب عليها ـ أي على الأم ـ إرضاع طفلها (اللبأ) عند ولادته لتضرره بعدم إرضاعه ذلك بل يقال لا يعيش بدونه[١٢٢٥٧].

د : ولا يمنع الأب أُمّ الرضيع من إرضاعه إذا طلبت ذلك وإن طلبت أجرة مثلها ووجد

(١٢٢٥٥) «المغني» ج٧، ص٦٢٧.

(١٢٢٥٦) «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٩.

(١٢٢٥٧) «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٩.

الأب من يتبرع له بإرضاعه، فالأم أحقّ بإرضاعه، سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة أو منقطعة بأن كانت مطلقة، لقوله تعالى: ﴿والوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أوْلاَدَهُنَّ حَوْلَين كامِلَين﴾وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل والدة، ولقوله تعالى: ﴿فإنْ أَرْضعنَ لكُمْ فآتُوهُنَّ أُجُورهُنَّ﴾؛ ولأنها أشفق عليه من غيرها ولبنها أمرأ له(١٢٢٥٨).

١٠١٦١ ـ وخلاصة مذهب الحنابلة، كما يفهم من أقوالهم أن إرضاع الطفل حقّ لوالدته وليس واجباً عليها، وإنما يصير واجباً للضرورة فقط، كما لو لم توجد مرضعة ترضعه، والشيء لا تعرف صفته ولا كيفيته الشرعية في حالة الضرورة، وإنما تعرف صفته وكيفيته الشرعية في حالة السعة والاختيار.

ومن مظاهر كون الإرضاع حقاً لها أن تقدم على الأجنبية في إرضاعه ولو كانت الأجنبية متبرعة والأم تأخذ على إرضاعها أجرة المثل.

١٠١٦٢ ـ خامساً: مذهب الزيدية:

قالوا: يجوز للأم الامتناع من إرضاع ولدها إن قبل ثدي غيرها، فإن امتنع من غيرها وخشي عليه التلف أو الضرر وجب عليها إرضاعه(١٢٢٥٩)، ومعنى ذلك أن إرضاع الطفل ليس واجباً على أمه إلا إذا تعينت لإرضاعه كما لو لم يقبل الارتضاع من غيرها.

١٠١٦٣ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

قالوا: يجب على الأم إرضاع طفلها (اللبأ) وهو أول ما يحلب عند الولادة، وربما يقيد بثلاثة أيام وإنما وجب عليها ذلك؛ لأن الولد لا يعيش بدونه(١٢٢٦٠). وأما إرضاعه فيما عدا (اللبأ) فقد قالوا: «وأما الرضاع فلا يجب على الأم إرضاع الولد»(١٢٢٦١). ومعنى ذلك أن إرضاع الطفل ليس واجباً على الأم، ولكنهم قالوا: «وهي ـ أي الأم ـ أولى بإرضاعه ولو بالأجرة إذا قنعت بما يقنع به الغير أو نقصت أو تبرعت بطريق أولى فيهما»(١٢٢٦٢)

١٠١٦٤ ـ سابعاً: مذهب الظاهرية:

قال ابن حزم الظاهري: «والواجب على كل والدة حرّة كانت أو أمة في عصمة زوج أو في

(١٢٢٥٨) «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨، و«المغني» ج٧، ص٦٢٨-٦٢٩.

(١٢٢٥٩) «شرح الأزهار» ج٢، ص٥٢٦.

(١٢٢٦٠) «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٩.

(١٢٢٦١) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٤٥.

(١٢٢٦٢) «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٩.

ملك سيد أو كانت خلواً منهما، لَحِقَ ولدها بالذي تولد من مائه، أو لم يلحق أن ترضع ولدها، أحبت أم كرهت ولو أنها بنت الخليفة وتُجبر على ذلك إلا أن تكون مطلقة، فإن كانت مطلقة لم تجبر على إرضاع ولدها من الذي طلقها إلا أن تشاء هي ذلك، فلها ذلك أحبَّ أبوه أم كره..»[١٢٢٦٣] فإرضاع الطفل واجب على أمه ما دامت الزوجية قائمة وتجبر على إرضاعه، وهو - أي الإرضاع - حقّ لها ولو كانت مطلقة.

١٠١٦٥ - قول ابن تيمية وابن أبي ليلى:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: «وارضاع الطفل واجب على أمه بشرط أن تكون مع الزوج، وهو قول ابن أبي ليلى وغيره من السلف»[١٢٢٦٤].

وإذا كان إرضاع الطفل واجباً على أمه فمعنى ذلك أنها تجبر على إرضاعه، وهذا ما جاء صريحاً في «المغني» عن ابن أبي ليلى وغيره، فقد جاء فيه: «وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح: له إجبارها على إرضاعه - أي إرضاع ولدها منه - وهو قول أبي ثور لقوله تعالى: **﴿والوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَينِ لِمَنْ أرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعةَ﴾**[١٢٢٦٥].

١٠١٦٦ - القول الراجح:

والراجح قول من قال: إن إرضاع الولد واجب على أمه وتجبر عليه إذا كانت الزوجية قائمة لقوله تعالى: **﴿والوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَينِ..﴾**، وإنما قلنا إذا كانت الزوجية قائمة؛ لأن النّص استثناها من الإيجاب، وهذا النّص هو قوله تعالى: **﴿فإنْ أَرْضَعنَ لكُمْ فآتوهُنَّ أُجورَهُنَّ وأتمِرُوا بينكم بمعرُوفٍ، وإنْ تَعاسرْتُمْ فسترْضِعُ لَهُ أُخرىٰ﴾**، وكذلك يعتبر الإرضاع حقّاً للأمّ، ويظهر هذا التكيف بحقّها إذا كانت مطلقة ورغبت في إرضاعها لم ينازعها أحد في إرضاعه حتى لو طلبت أجر المثل على إرضاعه ووجد الأب من يرضعه مجاناً، كما صرّح بذلك المالكية والحنابلة، ومردّ هذا الترجيح ما ذكره الحنابلة من أدلة لقولهم هذا[١٢٢٦٦].

ولا نرى ما ذهب إليه الشافعية في قولهم الراجح أو المرجوح من حقّ الزوج في منع زوجته من إرضاع ولدها منه بحجة أنها تفوت عليه حقّه في الاستمتاع بها، لأن استمتاعه بها لا يعني استغراق جميع أوقاتها حتى وقت تناول طعامها، وما إرضاعها له إلا اطعام لجزئها وهو ولدها ولا

(١٢٢٦٣) «المحلىٰ» ج١٠، ص٣٣٥.

(١٢٢٦٤) «الاختبارات الفقهية من فتاوىٰ شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٨٦.

(١٢٢٦٥) «المغني» ج٧، ص٦٢٧.

(١٢٢٦٦) الفقرة ١٠٦٠.

يستغرق منها وقتاً طويلاً، ولا يتعارض مطلقاً مع حقّه في الاستمتاع بها؛ لأن استمتاعه لا يستغرق كل الأوقات؛ ولهذا قال النووي: إن الأصح في مذهب الشافعية عدم حقّ الزوج منع زوجته من إرضاع ولدها منه.

١٠١٦٧ - هل للزوج أن يمنع زوجته من إرضاع ولدها من غيره؟

عند الحنابلة، إن للزوج منع زوجته من رضاع ولدها من غيره، إلا أن يضطر إليها؛ لأن الزوج ملك بعقد الزواج حقّ الاستمتاع بزوجته في كل الأوقات سوى أوقات العبادات كالصلوات، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الأوقات، فكان له منعها من ذلك كما يمنعها من الخروج من منزله. فإن اضطر إلى الارتضاع منها بأن لا توجد مرضعة سواها، أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها، وجب تمكينها من إرضاعه؛ لأنها حال ضرورة وحفظ النفس ولدها، فيقدم على حقّ الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته[١٢٢٦٧].

١٠١٦٨ - وقال الظاهرية لا يملك الزوج منع زوجته من إرضاع ولدها من غيرها، فقد قال الإمام ابن حزم الظاهري رحمه الله: «فإن كانت مطلقة لم تجبر على إرضاع ولدها من الذي طلّقها إلا أن تشاء هي ذلك، فلها ذلك أحب أبوه أم كره، أحبّ الذي تزوجها بعده أم كره»[١٢٢٦٨].

١٠١٦٩ - ويعلل الإمام ابن حزم مذهب الظاهرية محتجاً لهذا المذهب بقوله: «وأما قولنا: إلا أن تكون مطلقة، فإن كانت مطلقة، فإنها لا تجبر على إرضاع ولدها من الذي طلّقها إلا أن تشاء هي ذلك، فإن شاءت هي ذلك فذلك لها أحب ذلك الذي طلّقها أو أبى، أحب ذلك زوج إن كان لها أو أبى؛ فلقول الله تعالى في سورة الطلاق بعد ذكر المعتدات: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ، وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**﴾ فلم يخص الله تعالى ذات زوج من غيرها ولا جعل في ذلك خياراً للأب ولا للزوج، بل جعل الإرضاع إلى الأمهات»[١٢٢٦٩].

١٠١٧٠ - القول الراجح:

والراجح أن من حقّ الأم أن ترضع ولدها من غير زوجها، كأن تزوجت مطلقة وعندها ولد من مطلقها، فليس لزوجها الحالي منعها من إرضاع ولدها من غيره، لما استدل به ابن حزم، أما

(١٢٢٦٧) «المغني» ج٧، ص٦٢٥.

(١٢٢٦٨) «المحلى» لابن حزم ج١٠، ص٣٣٥.

(١٢٢٦٩) «المحلى» لابن حزم ج١٠، ص٣٣٨.

الحجة التي ساقها الحنابلة في حقّ الزوج في منع زوجته من إرضاع ولدها من غيره من أن هذا الإرضاع يفوّت على زوجها حقّ الاستمتاع في بعض الأوقات ـ أي في أوقات الإرضاع، فيمكن الردّ عليه بما ردّ به ابن حزم حيث قال: «فإن قالوا: إنما تزوجها للوطء، قلنا: نعم. فكان ماذا؟ وإنما ولدته لترضعه، فحق الصبي قبل حقّ الذي تزوجها بعد أن ولدته، ولا يمنعه إرضاعها ولده من وطئه لها»(١٢٢٧٠).

١٠١٧١ ـ هل للزوج منع زوجته من إرضاع غير ولدها؟

يختلف الحكم في هذه المسألة باختلاف الحالات على النحو التالي:

الحالة الأولى: إن كانت الزوجة قد آجرت نفسها للرضاع قبل أن تتزوج لم يملك الزوج منعها من الإرضاع مدّة الإجارة، فقد جاء في «المغني»: «وإن آجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت، صحّ النكاح ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ولا منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة؛ لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه»(١٢٢٧١).

الحالة الثانية: وإن آجرت المرأة نفسها للرضاع بعد زواجها بإذن زوجها جاز ولزم العقد؛ لأن الحقّ لهما ولا يخرج عنهما(١٢٢٧٢).

الحالة الثالثة: وإن آجرت نفسها لإرضاع ولد غيرها بغير إذن زوجها لم يصحّ عقد الإجارة لما يتضمن ذلك من تفويت حقّ زوجها في الاستمتاع بها. وهذا مذهب الحنابلة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر يصح ولكن للزوج فسخه؛ لأنه يفوت به حقّ الزوج في الاستمتاع بها أو يختل به هذا الحقّ(١٢٢٧٣).

(١٢٢٧٠) «المحلىٰ» لابن حزم ج١٠، ص٣٣٨.

(١٢٢٧١) «المغني» ج٧، ص٦٢٦.

(١٢٢٧٢) «المغني» ج٧، ص٦٢٦.

(١٢٢٧٣) «المغني» ج٧، ص٦٢٦.

المبحث الرابع

المُرضَع لـه

١٠١٧٢ ـ المُرضَع له هو الوالد:

المرضع له هو والد الرضيع، قال تعالى: ﴿وَالوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَولين كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعةَ، وعلىٰ المَوْلُودِ لهُ رِزْقُهُنَّ وكِسوتُهُنَّ بالمعْروفِ﴾[12274]. قال الزمخشري في تفسير هذه الآية: قوله تعالى: (وعلى المولود له) أي وعلى الذي يولد له وهو الوالد. وإنما قيل (المولود له) ولم يقل (الوالد) ليعلم أن الوالدات إنما ولدن لهم؛ لأن الأولاد للآباء لذلك ينسبون إليهم لا إلى الأمهات، فكان عليهم أن يرزقوهن ويكسوهن إذا أرضعن أولادهم»[12275]. وكذلك قال القرطبي وغيره من المفسرين في قوله تعالى: ﴿وعَلَىٰ المولودِ لَهُ﴾ أي على الأب[12276]، وقال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضعنَ لكُمْ فآتوهُنَّ أُجورَهُنَّ﴾[12277]، فالمُرضع له هو الوالد أي والد الرضيع.

١٠١٧٣ ـ الوالد يتحمل مؤونة أو أجرة إرضاع ولده:

الوالد أي والد الرضيع هو الذي يتحمل مؤونة أو أجرة إرضاع ولده، وقد دلّ على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَولين كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعةَ، وعلىٰ المَوْلُودِ لهُ رِزْقُهُنَّ وكِسوتُهُنَّ بالمعْروفِ﴾، فالمولود له ـ أي الوالد ـ عليه رزق وكسوة الوالدة التي ترضع ولدها منه، قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية: «والرزق في هذه الآية هو الطعام الكافي وسماه الله تعالى للوالدة؛ لأن الغذاء يصل إلى الولد الرضيع بواسطتها في الرضاع كما قال تعالى: ﴿وإنْ كُنَّ أُولاتِ حملٍ فأنفقُوا عليهِنَّ حتَّى يضعْنَ حَملهُنَّ﴾؛ لأن الغذاء لا يصل إليه إلا بسببها»[12278].

(١٢٢٧٤) [سورة البقرة، الآية ٢٣٣].

(١٢٢٧٥) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٧٩.

(١٢٢٧٦) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٦٠، «تفسير الرازي» ج٦، ص١٢٧، «روح المعاني» للآلوسي ج٢، ص١٤٦، و«تفسير المنار» ج٢، ص٤١١.

(١٢٢٧٧) [سورة الطلاق من الآية ٤].

(١٢٢٧٨) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٦٠.

وقال تعالى: ﴿فإنْ أرضعنَ لكُمْ فآتوهُنَّ أُجورهُنَّ﴾، وقد جاء في تفسير هذه الآية: «أن المطلقات إن أرضعن أولادكم منهن، فعلى الآباء أن يعطوهن أجرة إرضاعهن»[١٢٢٧٩].

١٠١٧٤ ـ هل تكون أجرة الرضاع في مال الطفل:

وإذا كان للولد مال، فهل يتحمل هو أجرة رضاعته أم يتحملها والده؟ قال الجمهور إنما يتحمل الوالد مؤونة أو أجرة إرضاع ولده إذا لم يملك الولد مالاً، فإن كان له مال كانت أجرة إرضاعه من ماله لا من مال أبيه. وقال ابن حزم الظاهري مؤونة أو أجرة رضاع الولد على أبيه، سواء كان للولد مال أو لم يكن.

ونذكر فيما يلي أقوال الجمهور وقول ابن حزم.

١٠١٧٥ ـ من أقوال الجمهور:

أولاً: جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وتجب نفقة ظئر أي مرضعة الصغير ذكراً كان أو أنثى في ماله إن كان له مال كنفقة الكبير، فإن لم يكن للصغير مال، فعلى من تلزمه نفقته من أب أو غيره. .»[١٢٢٨٠].

١٠١٧٦ ـ ثانياً: وفي «جامع أحكام الصغار» في فقه الحنفية: «ثم إرضاع الصغير إذا كان يوجد من يرضعه إنما يجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان له مال، فإنه تكون مؤونة الرضاع في مال الصغير»[١٢٢٨١].

١٠١٧٧ ـ ثالثاً: في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم»[١٢٢٨٢].

١٠١٧٨ ـ رابعاً: وفي «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي»: «فلو أرضعت كان لها الأجر في مال الصبي، فإن لم يكن له مال فعلى الأب»[١٢٢٨٣].

١٠١٧٩ ـ قول القرطبي:

خامساً: جاء في «تفسير القرطبي»: «وقد أجمع الفقهاء إلا من شذَّ منهم أنَّ رجلاً لو كان

(١٢٢٧٩) «تفسير القرطبي» ج١٨، ص١٦٨.

(١٢٢٨٠) «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨.

(١٢٢٨١) «جامع أحكام الصغار» ج١، ص٣٢٧.

(١٢٢٨٢) «المغني» ج٧، ص٥٨٣.

(١٢٢٨٣) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٥٢٥.

له ولد طفل، وللولد مال، والأب موسر أنه لا يجب على الأب نفقة ولا رضاع»(١٢٢٨٤).

١٠١٨٠ ـ قول ابن حزم الظاهري:

قال ابن حزم رحمه الله تعالى: «وكل ما ذكرنا أنه يجب على الوالد في الرضاع من أجرة أو رزق أو كسوة فهو واجب عليه، سواء كان للرضيع مال أو لم يكن»(١٢٢٨٥).

١٠١٨١ ـ هل تستحق الوالدة أجرة على إرضاع ولدها؟

قلنا: إن الوالد يتحمل مؤونة أو أجرة إرضاع ولده بأن يستأجر له مرضعة، فهل يتحمل ذلك إذ أرضعته والدته في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة؟ وهل يصح للوالد أن يستأجرها لإرضاع ولده منها؟ اختلاف وتفصيل عند الفقهاء نوجزه في الآتي في مختلف المذاهب.

١٠١٨٢ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

عندهم لا تستحق الأم أجرة على إرضاع ولدها في حال قيام النكاح أو إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، سواء اتفقت مع الأب (أي مع أبي الولد وهو زوجها) على إرضاعه بالأجرة أو أرضعته بدون اتفاق، ثم طالبته بالأجرة، وعلّلوا ذلك بأن إرضاعه واجب عليها ديانة، ولا أجرة على القيام بما هو واجب ديانة.

أما المعتدة من طلاق بائن، فكذلك لا تستحق أجرة على إرضاع ولدها لبقاء النكاح في بعض الأحكام، وعلى الرواية الأخرى تستحق أجرة على الرضاع لزوال النكاح. أما إذا انقضت عدّتها من الفرقة البائنة، فإنها تستحق أجرة الرضاع لزوال النكاح.

أما إذا انقضت عدّتها من الفرقة البائنة، فإنها تستحق أجرة الرضاع لزوال النكاح بالكلية، ونذكر فيما يلي بعض أقوال الحنفية الدّالّة على ما قلناه عنهم.

١٠١٨٣ ـ جاء في «الهداية»: «وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها ـ أي ولدها منه ـ لم يجز؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة قال تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ**..﴾ إلا أنها عذرت ـ فلم تجبر على الإرضاع ـ لاحتمال عجزها، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجباً عليها، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه. وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة؛ لأن النكاح قائم، وكذا في المبتوتة ـ أي المطلقة بائناً ـ.

وفي رواية أخرى جاز استئجارها؛ لأن النكاح قد زال. (وجه) الرواية الأولى أن النكاح باق

(١٢٢٨٤) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٧٠.

(١٢٢٨٥) «المحلى» ج١٠، ص٣٣٦.

في بعض الأحكام. وإن انقضت عدّتها فاستأجرها لإرضاع ولدها جاز؛ لأن النكاح قد زال بالكلية»[١٢٢٨٦].

١٠١٨٤ ـ وفي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته عن طلاق رجعي لترضع ولدها لم يجز. والمعتدة عن طلاق بائن أو طلقات ثلاث في رواية ابن زياد تستحق أجرة الرضاع وعليه الفتوى. وإن مضت عدّتها فاستأجرها لإرضاع ولدها جاز»[١٢٢٨٧].

١٠١٨٥ ـ ثانياً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «وعلى الأم المتزوجة بأبي الرضيع أو الرجعية (أي المطلقة طلاقاً رجعياً) إرضاع ولدها من ذلك الزوج بلا أجر تأخذه من الأب، إلا لعلو قدر بأن كانت من أشراف الناس الذين شأنهم إرضاع نسائهم أولادهن فلا يلزمها رضاع، فإن أرضعت فلها الأجرة في مال الولد إن كان له مال، وإلا فعلى الأب، كالبائن لا يلزمها إرضاع فإن أرضعت فلها الأجرة إلا أن لا يقبل الولد غيرها فيلزمها رضاعه للضرورة ولها الأجرة، أو إلا أن يعدم الأب بأن يفتقر أو يموت ولا مال للصبي، فيلزمها إرضاعه، وإذا لزمها استأجرت بمالها من يرضعه إن لم ترضعه بنفسها ولا رجوع لها على الأب أو الولد إذا أيسر»[١٢٢٨٨].

ويفهم من هذا بالقول أن الأم لا تستحق الأجرة على إرضاع ولدها إلا في الحالات المذكورة، وأنها إذا وجب عليها إرضاع الولد، وعدم الأب لفقره أو موته ولا مال للولد، فعلى الأم أن ترضعه مجاناً، فإن لم تستطع إرضاعه، فعليها أن تستأجر له من يرضعه من مالها ولا رجوع لها على الأب ولا على الولد بما دفعته من أجرة إرضاعه.

١٠١٨٦ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية[١٢٢٨٩]:

عندهم تستحق الأم أجرة الرضاع ولزوجها أن يستأجرها لإرضاع ولده منها في حال قيام النكاح وبعده فقد قالوا:

أ : على الأم إرضاع ولدها اللبأ ـ وهو اللبن النازل بعد الولادة ـ، ولها أن تأخذ الأجرة إن كان لمثله أجرة.

(١٢٢٨٦) «الهداية» ج٣، ص٣٤٥.

(١٢٢٨٧) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٦١.

(١٢٢٨٨) «الشرح الصغير» للدردير ج١، ص٥٢٧.

(١٢٢٨٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٩-٤٥٠.

ب : ويعد إرضاعه اللبأ إن لم يوجد من ترضعه إلا الأم وجب عليها إرضاعه، ولها طلب الأجرة من ماله إن كان له مال، وإلّا فممن تلزمه نفقته.

جـ : إذا وجدت مرضعة غير الأم، جاز للزوج أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده منها في حال قيام النكاح وبعده.

١٠١٨٧ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

وعندهم يصح استئجار الزوج زوجته لإرضاع ولده منها حال قيام النكاح وبعد زواله، وعلّلوا ذلك بأنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه، فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة. وإنما امتنعت إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه لما فيه من تفويت حقّه في الاستمتاع بها في بعض الأوقات؛ ولهذا جازت بإذنه، وإذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها، فصح كما يصح من الأجنبي[١٢٢٩٠].

١٠١٨٨ ـ خامساً: مذهب الزيدية:

وعندهم، يجوز للزوجة طلب الأجرة على إرضاع ولدها من زوجها حال قيام النكاح، وتكون الأجرة من مال الولد، فإن لم يكن له مال فمن مال الأب.. ولا أجرة لها على إرضاع ولدها (اللبأ) ومدّة هذا الرضاع ثلاثة أيام بعد الولادة، وعلّلوا ذلك بأن (اللبأ) ضروري للطفل ولا يقوم غيره مقامه، فيكون إرضاعه (اللبأ) واجباً عليها، ولا أجرة على أداء الواجب، كما أن في قطع اللبأ عنه إضراراً مؤكداً بالطفل، والأم ممنوعة من الإضرار قال تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾، وقال بعضهم: تستحق الأجرة على إرضاع ولدها اللبأ[١٢٢٩١]، ومن الواضح أنها إذا كانت تستحق الأجرة على إرضاع ولدها حال قيام النكاح فبعده أولى.

١٠١٨٩ ـ سادساً: مذهب الجعفرية[١٢٢٩٢]:

وعندهم في إرضاع الأم ولدها واستحقاقها الأجرة على ذلك التفصيل الآتي:

أ : يجب على الأم إرضاع ولدها (اللبأ) وقيده بعضهم بمدة ثلاثة أيام من وقت ولادته، وتستحق الأجرة عليه.

(١٢٢٩٠) «المغني» ج٧، ص٦٢٧ـ٦٢٨، «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨ـ٣١٩.

(١٢٢٩١) «شرح الأزهار» ج٣، ص٥٢٦ـ٥٢٧.

(١٢٢٩٢) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٤٥، «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٩.

ب ـ ولأم الطفل المطالبة بأجرة إرضاعه إن أرضعته، كما أن للأب استئجارها إذا كانت بائناً. أما استئجارها حال قيام الزوجية فقد قيل لا يصح، والوجه جواز ذلك.

جـ : وللأم أن ترضع طفلها بنفسها أو بغيرها ولها الأجرة.

د : والأجرة للأم على إرضاع ولدها من ماله إن كان للولد مال، وإلا فعلى الوالد إن كان له مال، فإن لم يكن لأحدهما مال فإن الأم ترضعه ولا أجرة لها لوجوب الإرضاع عليها في هذه الحالة، كما يجب عليها الإنفاق عليه لو كان الأب معسراً.

١٠١٩٠ ـ سابعاً: مذهب الظاهرية:

وعندهم، يجب على الوالدة أن ترضع ولدها من زوجها حال قيام النكاح ولا أجرة لها على إرضاعه وإنما لها نفقتها وكسوتها كما كان لها ذلك قبل أن تلد ولدها. وإن كانت مطلقة طلاقاً بائناً، فلها على الرضيع الأجرة على إرضاعه[١٢٢٩٣].

١٠١٩١ ـ ثامناً: قول شيخ الإسلام ابن تيمية:

عند شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى، إرضاع الطفل واجب على الأم بشرط أن تكون مع الزوج أي في حال قيام الزوجية، ولا تستحق أجرة المثل زيادة على نفقتها وكسوتها؛ لأن الله تعالى قال: **﴿وَالوالِدتُ يُرْضِعنَ أَوْلَادُهُنَّ حَولَيْنَ كامِلَيْنِ لِمَنْ أرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعة، وعلىٰ المَوْلُودِ لهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بالمعروفِ﴾**، فلم يوجب لهن إلا الكسوة والنفقة بالمعروف، وهو الواجب بالزوجية وما عساه أن يكون من زيادة خاصة للمرتضع ما قال تعالى في الحامل: **﴿وإنْ كُنَّ أُولاَتِ حمْلٍ فأنفِقُوا عَليهِنَّ حتَّى يَضعْنَ حَملهُنَّ﴾** فدخلت نفقة الولد في نفقة أمه؛ لأنه يتغذى بها، وكذلك المرتضع. وتكون النفقة هنا واجبة بسببين حتى لو سقط الوجوب بأحدهما ثبت بالآخر كما لو نشزت وأرضعت ولدها، فلها النفقة للإرضاع لا للزوجية. فإذا كانت بائناً وأرضعت له ولده فإنها تستحق أجرها بلا ريب؛ لأن الله تعالى قال: **﴿فَإِنْ أَرْضعنَ لكُمْ فَآتوهُنَّ أُجورهُنَّ﴾** وهذا الأجر هو النفقة والكسوة[١٢٢٩٤].

١٠١٩٢ ـ القول الراجح:

والراجح، أن الوالدة لا تستحق أجرة من زوجها على إرضاع ولدها منه حال قيام الزوجية، وإنما لها النفقة بأنواعها بسبب الزوجية، ولكن إن احتاجت إلى زيادة نفقة لكونها ترضعه

(١٢٢٩٣) «المحلىٰ» لابن حزم ج١٠، ص٣٣٥.

(١٢٢٩٤) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٨٦.

استحقت ذلك على أبي الطفل (زوجها)، فقد جاء في «المغني»: «وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده ـ أي حال قيام الزوجية ـ فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى: ﴿وعلىٰ المولُودِ لهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوتُهُنَّ بالمعروفِ﴾؛ ولأنها تستحق على قدر كفايتها، فإذا زادت حاجتها زادت نفقة كفايتها»(١٢٢٩٥).

١٠١٩٣ ـ اعتراض، ودفعه:

وقد يعترض على ما رجحناه بأن يقال إذا كانت الزوجة تستحق النفقة والكسوة، سواء أرضعت أو لم ترضع، فلماذا أوجبت الآية الكريمة لها الرزق والكسوة إذا أرضعت بقوله تعالى: ﴿وَالوالدتُ يُرْضِعنَ أوْلَادَهُنَّ حَولَيْنَ كامِلَيْنِ لِمَنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضاعة، وعلىٰ المَوْلُودِ لهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بالمعروفِ﴾، ألا يدل ذلك على استحقاقها أجرة الرضاع زيادة على استحقاقها النفقة بسبب الزوجية؟

والجواب: إن الزوجة تستحق النفقة والكسوة مقابل تمكينها زوجها من الاستمتاع بها، فإذا اشتغلت بالإرضاع لم يكمل التمكين، فقد يتوهم متوهم أن النفقة تسقط بسبب الإرضاع، فأزالت هذه الآية ذلك التوهم إذا جاء فيها: ﴿وعلىٰ المَوْلُودِ لهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ﴾ أي على الزوج رزقهن وكسوتهن في حال الرضاع؛ لأنه اشتغال في مصالح الزوج؛ لأن الرضيع ولده، فصارت كما لو سافرت لحاجة الزوج بإذنه فإن نفقتها لا تسقط بهذا السفر(١٢٢٩٦).

١٠١٩٤ ـ تزاحم الأم مع غيرها في إرضاع ولدها:

وإذا أراد والد الطفل أن يسترضع لولده وأرادت الأم إرضاعه، فلمن يكون التقديم؟ أي هل تقدم الأم على الأجنبية مطلقاً في إرضاع ولدها؟ أم أن هذا التقديم مشروط؟ أقوال وتفصيل للفقهاء نوجزه في الآتي:

١٠١٩٥ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

أ : جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «وإن انقضت عدّتها فاستأجرها لإرضاع ولدها جاز، لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية. فإن قال الأب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية، أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق؛ لأنها أشفق فكان نظر للصبي في الدفع إليها»(١٢٢٩٧).

(١٢٢٩٥) «المغني» ج٧، ص٦٢٩.

(١٢٢٩٦) «أحكام القرآن (تفسير القرآن)» للقرطبي ج٣، ص١٦٠.

(١٢٢٩٧) «الهداية» ج٣، ص٣٤٥، ومثله في «جامع أحكام الصغار» ج١، ص٣٢٣.

ب : وجاء في «مرشد الحيران» في فقه الحنفية: «الأم أحقّ بإرضاع ولدها بعد العدة ومقدمة على الأجنبية مالم تطلب أجرة أكثر منها، ففي هذه الحالة لا يضارّ الأب. وإن رضيت الأجنبية بإرضاعـه مجاناً أو بدون أجرة المثل، والأم تطلب أجرة المثل فالأجنبية أحقّ منها بالإرضاع وترضعه عندها»[(١٢٢٩٨)]، وتعليل ذلك أن المقصود غذاء الرضيع بإرضاعه وقد أمكن الحصول عليه بدون كلفة على الأب لوجود المتبرعة أو بأجر أقل مما تطلبه الأم، فيكون في تقديم الأم على الأجنبية إضرار بالأب والله تعالى يقول: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ ولكن لا تضار الوالدة بأخذ الولد منها، بل ترضعه المرضعة في بيت أمه.

١٠١٩٦ ـ ثانياً مذهب الشافعية:

عندهم إذا طلبت الأم أجر المثل لإرضاع ولدها أجيبت إلى طلبها لقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وكانت هي أحقّ بإرضاعه من غيرها. وإن طلبت الأم أكثر من أجر المثل، فلا يجب على الأب إجابة طلبها لتضرره بالزيادة على أجر المثل، وله أن يسترضع أجنبية لولده بأجر المثل. وكذا إذا تبرعت أجنبية بإرضاعه أو رضيت بأقل من أجرة المثل ولو بشيء يسير لا يلزمه إجابة طلب الأم إن طلبت أكثر من أجر المثل في القول الأظهر عند الشافعية؛ لأن في تكليفه الأجرة مع وجود المتبرعة أو مع الزيادة على ما رضيت به الأجنبية إضراراً به، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾. والقول الثاني في المذهب: تجاب الأم إلى طلب إرضاعها ولو بأجر المثل عند وجود المتبرعة أو بأكثر منه مع وجود المرضعة بأجر المثل لوفور شفقة الأم على ولدها الرضيع[(١٢٢٩٩)].

١٠١٩٧ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

قالوا: «وللأم التي لا يلزمها رضاع ـ وهي البائن، وعليّة القدر حال قيام النكاح أو في عدّة الطلاق الرجعي ـ أجرة المثل إذا أرضعت ولدها. وإذا قال الأب للأم التي لا يلزمها الإرضاع: عندي من ترضعه مجاناً أو بأجرة أقل مما تأخذينه، وقالت الأم المذكورة: أنا أرضعه وآخذ أجرة أمثالي، فالقول قول الأم.

وأما إن قال الأب عندي من ترضعه مجاناً عند أمه، وقالت أمه: أنا أرضعه وآخ أجرة مثلي فقولان في المسألة: قيل يجاب الأب، وقيل لا يجاب وإنما تجاب الأم وهو الراجح»[(١٢٣٠٠)].

(١٢٢٩٨) المادة (٣٧٠) من «مرشد الحيران» تأليف المرحوم قدري باشا على مذهب الحنفية.

(١٢٢٩٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٥٠.

(١٢٣٠٠) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٥٢٦.

١٠١٩٨ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة: [١٢٣٠١]:

قالـوا: وإن طلبت أجـرة مثلها ووجد الأب من يتبرع له برضاعه، فهي ـ أي الأم ـ أحق بإرضـاعـه، سواء كانت في حبـال الـزوج أو مطلقـة؛ لقـولـه تعـالى: ﴿والـوَالِداتُ يُرْضِعْنَ أوْلاَدَهُنَّ. .﴾ الخ. وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل والدة لقوله تعالى: ﴿فإنْ أرْضَعنَ لكُمْ فآتوهُنَّ أجورَهُنَّ﴾؛ ولأنها أشفق وأحق بالحضانة ولبنا أمرأ، فإن طلبت أكثر من أجرة مثلها ولو بيسير لم تكن أحقّ به مع من تبرعت بإرضاعه أو مع من ترضعه بأجر المثل، فيجوز للأب انتزاع الطفل منها وتسليمه للمرضعة المتبرعة أو الراضية بإرضاعه بأجر المثل؛ لأن الأم أسقطت حقّها في التقدم على غيرها بطلبها أكثر من أجر المثل، فدخلت في عموم قوله تعالى: وإنْ تَعاسرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لهُ أُخرىٰ﴾. ولكن لو طلبت الأم أكثر من أجر المثل ولم توجد من ترضعه إلا بالزيادة على أجر المثل التي طلبتها الأم، فالأم أحق من غيرها بإرضاعه. ولو كانت أم الرضيع متزوجة بزوج آخر بعد أن طلّقها زوجها الأول، وطلبت إرضاعه بأجر المثل ووجد من يتبرع بإرضاعه، فالأم أحقّ بإرضاعه إذا رضي الزوج الثاني بذلك لآية: ﴿والوَالِداتُ يُرْضِعْنَ أوْلاَدَهُنَّ. .﴾؛ ولأنَّ الزوج الثاني قد رضي بإسقاط حقّه في منعها من الإرضاع فأشبهت غير المتزوجة.

١٠١٩٩ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

قالوا: «والأم أحقّ بإرضاعه إذا طلب ما يطلب غيرها من أجرة للرضاع، ولو طلبت زيادة كان للأب نزعه منها وتسليمه إلى غيرها. ولو تبرعت أجنبية بإرضاعه فرضيت الأم بالتبرع فهي أحق به، وإن لم ترض، فللأب تسليمه إلى المتبرعة[١٢٣٠٢].

١٠٢٠٠ ـ سادساً: مذهب الظاهرية:

قال الإمـام ابن حزم الظاهري: فإن كانت مطلقة ثلاثاً فلها على أبيه الأجرة في إرضاعه فقط. فإن رضيت هي بأجرة مثلها، فإن الأب يجبر على ذلك أحب أم كره، ولا يلتفت إلى قوله أنا واجد مرضعة ترضعه بأقل أو بلا أجرة. فإن لم ترض هي إلا بأكثر من أجرة مثلها وأبى الأب إلا أجرة مثلها فهذا هو التعاسر ـ الوارد في الآية الكريمة: ﴿وإنْ تَعاسرتُمْ فستُرْضِعُ لهُ أُخْرى﴾، وللأب حينئذٍ أن يسترضع غيرها لولده إلا أن لا يقبل غير ثديها أو لا يجد الأب إلا مرضعة لبنها مضـر بالرضيع أو كان الأب لا مال له، فتجبر الأم حينئذٍ على إرضاعه وتجبر هي والوالدة على أجرة مثلها إن كان له مال، وإلا فلا شيء عليه. وكل ما ذكرناه أنه يجب على الوالد في الرضاع

(١٢٣٠١) «المغني» ج٧، ص٦٢٨-٦٢٩، «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨-٣١٩.

(١٢٣٠٢) «شرائع الإسلام» ج٢، ص٣٤٥.

من أجرة أو رزق أو كسوة فهو واجب عليه، . سواء كان للرضيع مال أو لم يكن له مال(١٢٣٠٣).

١٠٢٠١ ـ القول الراجح:

أولاً: إذا كانت متبرعة أو طلبت أجر المثل:

لا خلاف في تقديم الأم على غيرها في إرضاع ولدها إذا كانت متبرعة أو طلبت أجر مثلها أو أقل منه ولم توجد مرضعة تقبل بأقل من ذلك.

١٠٢٠٢ ـ ثانياً: إذا طلبت أكثر من أجر المثل:

إذا طلبت الأم أكثر من أجر المثل ووجدت من ترضعه بأجر المثل، ولم تتراجع الأم عن طلبها فترضى بأجر المثل، ولم يرض الأب بإعطائها أكثر من أجر المثل، فهذا هو (التعاسر) المشار إليه في الآية الكريمة: ﴿**وإنْ تَعَاسرتُمْ فستُرْضِعُ لهُ أُخْرى**﴾ فيجوز للأب أن يسترضع لولده مرضعة غير أمه ترضعه، وهذا ما أشار إليه المفسرون وهم يفسرون هذه الآية: ﴿**وإنْ تَعَاسرتُمْ فستُرْضِعُ لهُ أُخْرى**﴾، فمن أقوال المفسرين في هذه الآية: ﴿**وأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمعروفٍ وإنْ تَعَاسرتُمْ فستُرْضِعُ لهُ أُخْرى**﴾(١٢٣٠٤) ما يأتي:

أ: قال ابن كثير: ﴿**وإنْ تَعاسَرْتُم**﴾ أي وإن اختلف الرجل والمرأة، فطلبت المرأة في أجرة الرضاع كثيراً، ولم يجبها الزوج إلى ذلك، أو بذل الزوج قليلاً ولم توافقه عليه زوجته (أم الرضيع)، فللزوج أن يسترضع له غيرها(١٢٣٠٥).

ب: وقال الجصّاص: قوله تعالى: ﴿**وأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمعْرُوفٍ**﴾ يعني ـ والله أعلم ـ لا تشتط المرأة على زوجها فيما تطلبه من الأجرة، ولا يقصر الزوج لها عن المقدار المستحق. وقوله تعالى: ﴿**وإنْ تَعَاسرتُمْ فستُرْضِعُ لهُ أُخْرى**﴾ قيل إنه إذا طلبت المرأة أكثر من أجر مثلها ورضيت غيرها بأن تأخذه بأجر مثلها، فللزوج أن يسترضع الأجنبية، ويكون ذلك ـ أي إرضاع الولد ـ في بيت الأم؛ لأنها أحقّ بإمساكه والمكوث عندها(١٢٣٠٦).

جـ: وقال الآلوسي: قوله تعالى: **وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بمعرُوفٍ**﴾ أي ليأمر بعضكم بعضاً بمعروف أي جميل في الأجرة والإرضاع، ولا يكن من الأب مماكسة ولا من الزوجة معاسرة. وقوله تعالى: ﴿**وإنْ تَعَاسرتُمْ فستُرْضِعُ لهُ أُخْرى**﴾، أي إذا تضايقتم، أي ضيّق بعضكم على

(١٢٣٠٣) «المحلى» ج١٠، ص٣٣٦.

(١٢٣٠٤) [سورة الطلاق، من الآية ٦].

(١٢٣٠٥) «تفسير ابن كثير» ج٤، ص٣٨٣.

(١٢٣٠٦) «أحكام القرآن» للجصاص ج٣، ص٤٦٣.

الآخر بالمشاحّة في الأجرة أو طلب الزيادة، فسترضع له أخرى أي فستوجد ولا تعوز مرضعة أخرى. وفيه ـ على ما قيل ـ معاقبة للأم؛ لأنه كقولك لمن تستقضيه حاجة فلا يفعلها سيقضيها غيرك..»[12307].

١٠٢٠٣ ـ ثالثاً: وجدت الأجنبية المتبرعة بالرضاع:

وإذا وجدت المتبرعة بالرضاع، وطلبت الأم إرضاعها ولدها بأجر المثل، فالراجح إجابة طلبها؛ لأنها لم تطلب أكثر من أجر مثلها؛ ولأن إرضاع ولدها من قبلها أصلح وأنفع له، وهذا كلّه إذا كان الزوج ميسور الحال وقادراً على بذل أجر المثل لها. فإن لم يكن كذلك، فله أن ينتزع الطفل من أمه ويسلمه إلى المتبرعة لترضعه.

١٠٢٠٤ ـ مكان الإرضاع:

الأم ترضع ولدها في بيتها وهذا شيء بديهي، أما إذا استرضع له الأب مرضعة أجنبية فأين ترضعه؟ هل تأخذه من بيت أمه وتنقله إلى بيتها وترضعه فيه ثم تعيده إلى بيت أمه، أو أنها ترضعه في بيت أمه؟

أ : قال الإمام الجصّاص: «فللزوج أن يسترضع الأجنبية ويكون ذلك في بيت الأم؛ لأنها أحقّ بإمساكه والكون عنده»[12308].

ب : وفي «الفتاوى الهندية»: «ويستأجر الأب من ترضعه عند الأم، وهذا إذا وجدت من ترضعه، وليس على الظئر ـ أي المرضعة ـ أن تمكث عند الولد في بيت أمه إذا لم يشترط عليها ذلك ويستغني الولد عنها في تلك الساعة، وإذا أبت الظئر أن ترضعه عند الأم، ولم يشترط في عقد الإجارة الإرضاع عند الأم، كانت لها أن تحمل الولد إلى منزلها فترضعه؟ أو تقول أخرجوه فأرضعه في فناء الدار، ثم يدخل الولد على الأم. وإن شرط في عقد الإجارة أن تكون الظئر عند الأم يلزمها الوفاء بما شرط عليها[12309].

١٠٢٠٥ ـ الراجح في مكان الإرضاع:

والراجح في مكان الإرضاع اتباع ما يجري عليه الاتفاق مع الظئر بشأن مكان الإرضاع، فإن لم يوجد اتفاق، وجب اتباع العرف في هذه الحالة؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

(١٢٣٠٧) «تفسير الآلوسي» ج٢٨، ص١٣٩ـ١٤٠.

(١٢٣٠٨) «أحكام القرآن» للجصاص ج٣، ص٤٦٣.

(١٢٣٠٩) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٦٠ـ٥٦١ ومثله في «جامع أحكام الصغار» ج١، ص٣٣٠ـ٣٣٣.

١٠٢٠٦ ـ مدّة الإرضاع التي يلتزم الوالد بأجرتها:

أولاً: عند الحنابلة:

لا يلزم الأب أجرة رضاع ولده لأكثر من سنتين، ويجوز تنقيص المدّة عن السنتين باتفاق الوالدين إلا إذا تضرر الولد بالتنقيص، فلا يجوز رعاية لحقّ الولد.. جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يلزمه نفقة الظئر لما فوق الحولين؛ لقوله تعالى: ﴿وَالوَالِداتُ يُرضِعنَ أَوْلادَهُنَّ حولينِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضَاعة﴾، ولا يفطم قبلها إلا بإذن أبويه، فيجوز، إلَّا أن يتضرر الصغير، فلا يفطم ولو رضيا؛ لحديث: لا ضرر ولا ضرار»[١٢٣١٠].

١٠٢٠٧ ـ ثانياً: عند الحنفية:

وعند الحنفية اختلاف، فعند أبي يوسف ومحمد: لا يلزم الوالد بأجرة أكثر من سنتين، وعند أبي حنيفة رحمه الله إلى ثلاثين شهراً، فقد جاء في «جامع أحكام الصغار»: «قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: من طلّق امرأته فأرضعت بعد الحولين وطلبت الأجرة، فعند أبي حنيفة رحمه الله، تستحق الأجرة إلى تمام ثلاثين شهراً. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تستحق الأجرة فيما وراء الحولين»[١٢٣١١].

١٠٢٠٨ ـ تمديد مدّة الرضاعة للضرورة:

وإذا انتهت مدّة الرضاعة المتعاقد عليها والطفل لا يقبل غير ثدي مرضعته مددت الإجارة للضرورة، فقد جاء في «الفتاوى الهندية»: «وعن محمد رحمه الله تعالى ـ صاحب أبي حنيفة ـ لو استأجر ظئراً للصبي شهراً، فلما انقضت المدّة أبت إرضاعه وهو لا يأخذ لبن غيرها تجبر على إبقاء الإجارة بالارتضاع[١٢٣١٢].

١٠٢٠٩ ـ من يقوم مقام الوالد في أجرة الرضاع:

وإذا لم يوجد الوالد، فمن يقوم مقامه في مؤونة الرضاع أو أجرته؟ والجواب: يقوم مقامه الوارث وهو المذكور في قوله تعالى: ﴿وَالوَالِداتُ يُرضِعنَ أَوْلادَهُنَّ حولين كامِلَيْن لِمَنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضَاعة وعلىٰ المولُودِ لهُ رِزْقُهنَّ وكِسْوتُهُنَّ بالمعرُوفِ لا تُكلَّفُ نفْسٌ إلاّ وُسْعها لا تُضارَّ وَالِدةٌ بِوَلَدِها ولا مَوْلُودٌ لهُ بوَلَدِهِ، وعلىٰ الوارثِ مِثْلُ ذَلِكَ..﴾[١٢٣١٣]، فالذي يقوم مقام الوالد

(١٢٣١٠) «كشاف القناع» ج٣، ص٣١٨.

(١٢٣١١) «جامع أحكام الصغار» ج١، ص٣٢٤-٣٢٥.

(١٢٣١٢) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٦١.

(١٢٣١٣) [سورة البقرة الآية ٢٣٣].

عند فقده في مؤونة أو أجرة إرضاع الوالد هو الوارث. ولكن من هو الوارث؟ أقوال عند المفسرين في تعيين هذا الوارث، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

١٠٢١٠ ـ أولاً: من «تفسير الزمخشري»:

قوله تعالى: ﴿**وعلىٰ الوارثِ**﴾ على قوله تعالى: ﴿**وعلىٰ المَولُودِ لهُ رِزْقهُنَّ وكِسْوتُهُنَّ**﴾، وما بينهما تفسير (للمعروف) معترض بين المعطوف والمعطوف عليه، فكان المعنى: وعلى وارث المولود له مثل ما وجب عليه من الرزق والكسوة. أي إن مات المولود له، لزم من يرثه أن يقوم مقامه في أن يرزقها ويكسوها بالشريطة التي ذكرت من المعروف وتجنب الضرار. وقيل: هو وارث الصبي الذي لو مات الصبي ورثه واختلفوا، فعند ابن أبي ليلى كل من ورثه، وعند أبي حنيفة من كان ذا رحم محرم منه، وقيل من ورثه من عصبته مثل الجد والأخ وابن الأخ والعم»[١٢٣١٤].

١٠٢١١ ثانياً: من «تفسير الرازي»[١٢٣١٥]:

وأما قوله تعالى: ﴿**وعلىٰ الوارثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ ففيه أقوال:

القول الأول: وهو منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن المراد وارث الأب، وذلك؛ لأن قوله تعالى: ﴿**وعَلىٰ الوارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ معطوف على قوله تعالى: ﴿**وعلىٰ المولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوتُهُنَّ بالمعروفِ**﴾ وما بينهما اعتراض لبيان المعروف.

القول الثاني: وارث الصبي من الرجال والنساء على قدر النصيب من الميراث وهو قول قتادة وابن أبي ليلى، وقيل وارث الصبي بشرط أن يكون ذا رحم محرم منه دون غيره وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

القول الثالث: المراد من الوارث الباقي من الأبوين:

القول الرابع: المراد بالوارث الصبي نفسه الذي هو وارث أبيه المتوفى، فإنه إن كان له مال وجب أجر الرضاعة في ماله وإن لم يكن له مال أجبرت أمه على إرضاعه ولا يجبر على نفقة الصبي إلا الوالدان، وهو قول مالك والشافعي، ثم قال الرازي رحمه الله تعالى: وأما قوله تعالى: ﴿**مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ أي من النفقة والكسوة وترك الأضرار، عند أكثر أهل العلم[١٢٣١٦].

(١٢٣١٤) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٨٠.

(١٢٣١٥) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٣٠-١٣١.

(١٢٣١٦) «تفسير الآلوسي» ج٢، ص١٤٧.

١٠٢١٢ ـ ثالثاً: من «تفسير الآلوسي»:

قولـه تعالى: ﴿**وعلىٰ الوارثِ مِثْلُ ذلِكَ**﴾ عطف على قوله تعالى: ﴿**وعلىٰ المولودِ لهُ**﴾ والمـراد بالـوارث وارث الـولـد، فإنه يجب عليه مثل ما وجب على الأب من الرزق والكسوة بالمعروف إن لم يكن للوالد مال. وهو التفسير المأثور عن عمر وابن عباس وقتادة ومجاهد وعطاء وإبراهيم والشعبي وعبد الله بن عتبة وخلق كثير. وخصّ الإمام أبو حنيفة هذا الوارث بمن كان ذا رحم محرّم من الصبي. وقيل: عصبته ويروى عن عمر رضي الله عنه ما يؤيده. وقال الشافعي المراد بالوارث وارث الأب وهو الصبي، أي مؤن الصبي من ماله إذا مات الأب. وقيل المراد بالوارث: الباقي من الأبوين.

١٠٢١٣ ـ رابعاً: «من تفسير المنار»:

قوله تعالى: ﴿**وعلىٰ الوارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ وقد اختلفوا في الوارث هل هو وارث المولود له ـ أي الأب ـ؛ لأن الكلام فيه؟ أو وارث الولد؛ لأنه وليّه تجب عليه نفقته؟ واختلف القائلون بأن المراد وارث الأب. هل هو عام أو خاص بعصبته أو بالولد نفسه؟ أي أن نفقة إرضاعه تكون من مالـه إن كان له مال وإلا فعلى عصبتـه. وقـال بعضهم: إن المراد بالوارث وارث الصبي من الوالدين، أي وإذا مات أحد الوالدين، فيجب على الآخر ما كان يجب عليه من إرضاعه والنفقة عليه. ثم قال صاحب «تفسير المنار»: وكل ذلك يحتمله اللفظ، ولعلّ الحكمة في هذا التعبير أن يتناول كل ما يصح تناوله إياه[١٢٣١٧].

١٠٢١٤ ـ عدم إضرار أحد الأبوين بالآخر بسبب الولد وإرضاعه:

قال تعالى: ﴿**وَالوَالِدَاتُ يُرضِعنَ أوْلادَهُنَّ حولين كامِلَيْنِ لِمَنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضَاعة وعلىٰ المولُودِ لهُ رِزْقُهنَّ وكِسْوتُهُنَّ بالمعرُوفِ لا تُكلَّفُ نفسٌ إلاّ وُسْعَها لا تُضارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِها ولا مَوْلُودٌ لهُ بوَلَدِهِ، وعلىٰ الوارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ..**﴾ منعت الآية الكريمة إضرار أحد الوالدين بالآخر بسبب الولد وإرضاعه، فقد قال الإمام القرطبي في قوله تعالى: ﴿**لا تُضارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِها ولا مَوْلُودٌ لهُ بوَلَدِهِ**﴾، المعنى لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يحلّ للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع. هذا قول جمهور المفسرين[١٢٣١٨].

وقال الزمخشري: «والمعنى: لا تضار والدة زوجها بسبب ولدها: وهو أن تطلب منه ما ليس بعـدل من الـرزق والكسـوة، وأن تشغل قلبه بالتفريط في شأن الولد، وأن تقول بعد ما ألفها

(١٢٣١٧) «تفسير المنار» ج٢.

(١٢٣١٨) «أحكام القرآن» للقرطبي ج٣، ص١٦٧.

الصبي: اطلب له ظئراً وما أشبه ذلك. ولا يضار مولود له أمرأته بسب ولده: بأن يمنعها شيئاً مما وجب عليه من رزقها وكسوتها، ولا يأخذه منها وهي تريد إرضاعه. ثم قال الزمخشري: ويجوز أن يكون (تضار) بمعنى تضر - أي لا تضر والدة بولدها -، فلا تسيء غذاءه وتعهده، ولا تفرط فيما ينبغي له، ولا تدفعه إلى الأب بعد ما ألفها. ولا يضر الوالد به بأن ينتزعه من يدها، أو يقصر في حقّها فتقصر هي في حقّ الولد..»[١٢٣١٩].

وقوله تعالى: ﴿وعلَىٰ الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ أي إن مات المولود له لزم من يرثه أن يقوم مقامه في أن يرزقها ويكسوها بالشريطة التي ذكرت من المعروف وتجنب الضرار[١٢٣٢٠].

(١٢٣١٩) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٨٠.

(١٢٣٢٠) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٨٠.

محتويات الكتاب

للزوجة لحاجتها إلى الفسخ بخلاف الزوج ـ ٨٩٤٤ ـ القول الثاني: لكل من الزوجين التفريق للعيب ـ ٨٩٤٥ ـ أدلة القول الثاني ـ أولاً: ما مرّ من أدلة جواز التفريق للعيب ـ ٨٩٤٦ ـ ثانياً: الآثار عن الصحابة ـ ٨٩٤٧ ـ ثالثاً: وجوب مساواة الزوج بالزوجة في حق الفسخ بالعيب ـ ٨٩٤٨ ـ رابعاً: الزوجان طرفان في عقد النكاح ـ ٨٩٤٩ ـ خامساً: حق الزوج في الطلاق لا ينفي حقه في الفسخ.

المبحث الثالث: العيوب التي تجيز التفريق وأقوال الفقهاء فيها

٨٩٥٠ ـ تمهيد ـ ٨٩٥١ ـ منهج البحث: تقسيم هٰذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: العيوب الخاصة بالرجال

٨٩٥٢ ـ أولاً: العنّة ـ أ ـ تعريفها في اللغة ـ ٨٩٥٣ ـ ب ـ العنة والعنين في اصطلاح الفقهاء ـ ٨٩٥٤ ـ قول المالكية في المقصود بـ «العنة» ـ ٨٩٥٥ ـ ما تتحقق به العنة ويصير به عنيناً ـ ٨٩٥٦ ـ التفريق للعنة ـ ٨٩٥٧ ـ التفريق للعنة عند الحنفية ـ ٨٩٥٨ ـ ثانياً: الجبّ والتفريق به ـ ٨٩٥٩ ـ ثالثاً: الخصاء والخصي ـ ٨٩٦٠ ـ هل يجوز التفريق بالخصاء؟ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ ٨٩٦١ ـ ثانياً: مذهب الشافعية ـ ٨٩٦٢ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة ـ ٨٩٦٣ ـ رابعاً: مذهب المالكية ـ ٨٩٦٤ ـ خامساً: مذهب الزيدية ـ ٨٩٦٥ ـ سادساً: مذهب الجعفرية.

المطلب الثاني: العيوب الخاصة بالنساء

٨٩٦٦ ـ أولاً: مذهب الحنابلة ـ ٨٩٦٧ ـ ثانياً: مذهب الشافعية ـ ٨٩٦٨ ـ ثالثاً: مذهب المالكية ـ ٨٩٦٩ ـ رابعاً: مذهب الجعفرية ـ ٨٩٧٠ ـ خامساً: مذهب الزيدية ـ ٨٩٧١ ـ التفريق بهٰذه العيوب.

المطلب الثالث: العيوب المشتركة بين الرجال والنساء

٨٩٧٢ ـ المقصود بالعيوب المشتركة ـ ٨٩٧٣ ـ أولاً: مذهب الحنابلة ـ ٨٩٧٤ ـ ولا يثبت خيار لأحد الزوجين في غير ما ذكر من العيوب ـ ٨٩٧٥ ـ ثانياً: مذهب المالكية ـ ٨٩٧٦ ـ للزوجة فقط فسخ النكاح بالجذام الحادث بعد النكاح ـ ٨٩٧٧ ـ قول المالكية في البرص ـ ٨٩٧٨ ـ قولهم في العذيطة ـ ٨٩٧٩ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية ـ ٨٩٨٠ ـ قول الشافعية في الخنثى ـ ٨٩٨١ ـ رابعاً: مذهب الحنفية ـ ٨٩٨٢ ـ خامساً: مذهب الجعفرية ـ ٨٩٨٣ ـ قول الجعفرية في عيب الخنوثة ـ ٨٩٨٤ ـ سادساً: مذهب الزيدية ـ ٨٩٨٥ ـ سابعاً: رأي الإمام ابن القيم في العيوب الموجبة للخيار.

المطلب الرابع: هل العيوب محصورة بما ذكره الفقهاء؟

المبحث الرابع: شروط وإجراءات التفريق للعيب

المطلب الأول: شروط التفريق للعيب

العيبين في الـزوجين ـ ٩٠٣٢ ـ الحـالة الثانية: تماثل العيبين في الزوجين ـ ٩٠٣٣ ـ ثانياً: مذهب المالكية ـ ٩٠٣٤ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية ـ ٩٠٣٥ ـ رابعاً: مذهب الزيدية ـ ٩٠٣٦ ـ الشرط الرابع: الفورية في طلب التفريق ـ ٩٠٣٧ ـ القول: اشتراط الفورية ـ ٩٠٣٨ ـ أقوال الشافعية في شرط الفورية ـ ٩٠٣٩ ـ أقوال الجعفرية في شرط الفورية ـ ٩٠٤٠ ـ القول الثاني: لا تشترط الفورية ـ ٩٠٤١ ـ من أقوال الحنابلة ـ ٩٠٤٢ ـ من أقوال المالكية ـ ٩٠٤٣ ـ من أقوال الحنفية ـ ٩٠٤٤ ـ من أقوال الزيدية ـ ٩٠٤٥ ـ القول الراجح.

المطلب الثاني: إجراءات التفريق للعيب

٩٠٤٦ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: رفع دعوى بالتفريق

٩٠٤٧ ـ هل يلزم رفع دعوى التفريق إلى القاضي؟ ـ ٩٠٤٨ ـ القول الأول: التفريق بحكم الحاكم فلا بد من رفع دعوى التفريق ـ ٩٠٤٩ ـ أ ـ من أقوال الحنابلة ـ ٩٠٥٠ ـ ب ـ من أقوال الشافعية ـ ٩٠٥١ ـ جـ ـ من أقوال المالكية ـ ٩٠٥٢ ـ د ـ من أقوال الحنفية ـ ٩٠٥٣ ـ القول الثاني: لا يحتاج فسخ النكاح إلى حكم الحاكم فلا يحتاج إلى رفع دعوى به ـ ٩٠٥٤ ـ القول الثالث: الفسخ بالتراضي وإلا فبحكم الحاكم بعد رفع دعوى به ـ ٩٠٥٥ ـ القول الراجح في شرط رفع الدعوى ـ أولاً: بالنسبة للزوجة ـ ٩٠٥٦ ـ ثانياً: بالنسبة للزوج.

الفرع الثاني: إجراءات القاضي في دعوى التفريق

٩٠٥٧ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ أ ـ إذا كان الـزوج عنيناً ـ ٩٠٥٨ ـ التأجيل لمدة سنة ـ ٩٠٥٩ ـ تمـديد التأجيل ـ ٩٠٦٠ ـ وقت ابتداء سنة التأجيل ـ ٩٠٦١ ـ العوارض خلال سنة التأجيل ـ ٩٠٦٢ ـ أ ـ المرض ـ ٩٠٦٢ ـ ب ـ الحج ـ ٩٠٦٣ ـ لا تأجيل في بعض الحالات ـ ٩٠٦٤ ـ الإجراءات بعد مضي سنة التأجيل ـ الحالة الأولى: الاتفاق أو الاختلاف في الوطء ـ ٩٠٦٥ ـ الحالة الثانية: إذا لم يطأها ـ ٩٠٦٦ ـ ثبوت الخيار للزوجة وحكمه ـ ٩٠٦٧ ـ ب ـ إذا كان الزوج مجبوباً أو خنثى عند الحنفية ـ ٩٠٦٨ ـ جـ ـ إذا كان الزوج مجبوباً عند الحنفية ـ ٩٠٦٩ ـ وإذا وجدت زوجها الصغير مجبوباً ـ ٩٠٧٠ ـ د ـ إذا كان الزوج مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص ـ ٩٠٧١ ـ ثانياً: مذهب الشافعية ـ ٩٠٧٢ ـ كيفية ثبوت عدّة العنين ـ ٩٠٧٣ ـ إمهال العنين سنة ـ ٩٠٧٤ ـ الإجراءات بعد مضي سنة الإمهال ـ ٩٠٧٥ ـ إذا ادعت أنها بـكـر والزوج لم يطأها ـ ٩٠٧٦ ـ سقوط خيار الفسخ ـ ٩٠٧٧ ـ فسخ نكاح القرناء والرتقاء ـ ٩٠٧٨ ـ لا تجبر

المطلب الثاني: ما يجب من مهر في التفريق للعيب

الفصل الخامس عشر: التفريق لخيار العتق

الفصل السادس عشر: التفريق بسبب إباء الإسلام

- ٩١٨٣ - خامساً: مذهب الزيدية - ٩١٨٤ - مناقشة الأقوال المختلفة وأدلتها - أولاً: مناقشة ابن حزم - ٩١٨٥ - ثانياً: مناقشة الشافعية والحنابلة وموافقيهم - ٩١٨٦ - مناقشة الحنفية - ٩١٨٧ - القول الراجح - ٩١٨٨ - نوع الفرقة بسبب إباء الإسلام - ٩١٨٩ - حجة الجمهور ومخالفيهم - ٩١٩٠ - ما يترتب على القولن - ٩١٩١ - هل يجب مع التفريق؟ - ٩١٩٢ - أولاً: مذهب الحنفية - ٩١٩٣ - ثانياً: مذهب الشافعية - ٩١٩٤ - ثالثاً: مذهب الحنابلة - ٩١٩٥ - بم يصير غير المسلم مسلماً - ٩١٩٦ - لا يجوز للقاضي ردّ إسلام من أسلم من الزوجين.

الفصل السابع عشر: التفريق بسبب ردّة أحد الزوجين

٩١٩٧ - تمهيد - ٩١٩٨ - أولاً: مذهب الحنفية - أ - وقوع الفرقة في الحال بردة أحد الزوجين - ٩١٩٩ - ب - الفرقة تثبت بنفس ردة أحد الزوجين - ٩٢٠٠ - جـ - إذا ارتد الزوجان معاً هل تقع الفرقة؟ - ٩٢٠١ - د - إذا ارتدا وعاد أحدهما إلى الإسلام - ٩٢٠٢ - هـ - زوجة المسلم الكتابية إذا تمجست - ٩٢٠٣ - و - زوجة المسلم يهودية فتنصرت - ٩٢٠٤ - حكم المهر بعد الردة - ٩٢٠٥ - الزوجة المسلمة إذا ارتدت هل تجبر على الإسلام؟ - ٩٢٠٦ - ثانياً: مذهب الشافعية - ٩٢٠٧ - الانتقال من اليهودية إلى النصرانية وبالعكس - ٩٢٠٨ - ثالثاً: مذهب الحنابلة - أ - الردة قبل الدخول - ٩٢٠٩ - ب - الردة بعد الدخول - ٩٢١٠ - جـ - إذا ارتد الزوجان معاً - ٩٢١١ - د - حكم المهر بردة أحد الزوجين - ٩٢١٢ - هـ - ردة أحد الزوجين بعد الدخول - ٩٢١٣ - و - ردة أحد الزوجين تمنع الوطء - ٩٢١٤ - رابعاً: مذهب الجعفرية - ٩٢١٥ - خامساً: مذهب المالكية - أ - نوع الفرقة بردة أحد الزوجين - ٩٢١٦ - ب - ردة الزوجة بقصد فسخ النكاح - ٩٢١٧ - جـ - حكم المهر بردة أحد الزوجين - ٩٢١٨ - سادساً: مذهب الزيدية - ٩٢١٩ - سابعاً: مذهب الظاهرية.

الفصل الثامن عشر: التفريق لعدم الوفاء بالشرط

٩٢٢٠ - تمهيد - ٩٢٢١ - للمرأة حق فسخ النكاح لعدم وفاء زوجها بالشرط - ٩٢٢٢ - حق الزوجة في الفسخ على التراضي - ٩٢٢٣ - ما يسقط حق الزوجة في الفسخ - ٩٢٢٤ - خيار الفسخ خاص بالنكاح الذي ورد فيه الشرط - ٩٢٢٥ - رفع الدعوى بفسخ النكاح - ٩٢٢٦ - حق الزوجة في الفسخ لا يسقط حق الزوج في الطلاق.

الباب الثالث

العـدّة

٩٢٢٧ - تمهيد ومنهج البحث: تقسيم هذا الباب إلى ستة فصول:

الفرع الثاني: الصغيرة التي لم تحض

الفرع الثالث: البالغة التي لم تحض أصلاً

الفرع الرابع: المستحاضة

الفرع الخامس: عدة من ارتفع حيضها

المطلب الثاني: العدة بالأشهر التي وجبت أصلاً بنفسها

المبحث الثالث: عدة الحبل (العدة بوضع الحمل)

المبحث الرابع : الإحداد في العدة

٩٤٨٠ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم هٰذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإحداد وبيان حكمه وحكمته

٩٤٨١ ـ تعريفه في اللغة ـ ٩٤٨٢ ـ الإحداد في الاصطلاح الشرعي ـ ٩٤٨٣ ـ العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للإحداد ـ ٩٤٨٤ ـ حكم الإحداد ـ ٩٤٨٥ ـ دليل وجوب الإحداد ـ أولاً: من السنـة النبوية ـ ٩٤٨٦ ـ حكمة تشريع الإحداد ـ أولاً: الإحداد في عدة الوفاة ـ ٩٤٨٧ ـ ثانياً: الإحداد في عدة الطلاق البائن ـ ٩٤٨٨ ـ ثالثاً: الإحداد وسيلة لحفظ النسب.

المطلب الثاني: على من يجب الإحداد؟

٩٤٨٩ ـ أولاً: يجب الإحداد على المعتدة في عدة الوفاة ـ ٩٤٩٠ ـ ثانياً: لا إحداد على المنكوحة نكاحاً فاسداً ـ ٩٤٩١ ـ ثالثاً: لا إحداد في عدة الطلاق الرجعي ـ ٩٤٩٢ ـ رابعاً: الإحداد في عدة الطلاق البائن ـ ٩٤٩٣ ـ القول الأول: لا يجب عليها الإحداد ـ ٩٤٩٤ ـ القول الثاني: يجب عليها الإحداد ـ ٩٤٩٥ ـ أدلة القول الأول ـ ٩٤٩٦ ـ أدلة القول الثاني ـ ٩٤٩٧ ـ القول الراجح ـ ٩٤٩٨ ـ شروط وجوب الإحداد ـ ٩٤٩٩ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ ٩٥٠٠ ـ ثانياً: مذهب الجمهـور ـ ٩٥٠١ ـ أدلـة الجمهـور ـ أ ـ عمـوم الأحاديث ـ ٩٥٠٢ ـ ب ـ ومن أدلة الجمهور ـ ٩٥٠٣ ـ جـ ـ ومن أدلة الجمهور ـ ٩٥٠٤ ـ د ـ حديث أم سلمة ـ ٩٥٠٥ ـ هـ ـ الإحداد يلزم زوجة المسلم غير المسلمة والحديث لا يمنع من ذٰلك ـ ٩٥٠٦ ـ القول الراجح.

المطلب الثالث: ما يتحقق به الإحداد

٩٥٠٧ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: اجتناب الطيب

٩٥٠٨ ـ معنى الطيب ودليل تحريمه في الإحداد ـ ٩٥٠٩ ـ لا خلاف في تحريمه على الحـادة ـ ٩٥١٠ ـ ما يأخذ حكم الطيب في التحريم ـ ٩٥١١ ـ الامتشاط بالطيب محظور ـ ٩٥١٢ ـ أقوال الفقهاء في الطيب المحظور وما يأخذ حكمه ـ ٩٥١٣ ـ ما لا يدخل في معنى الطيب المحظور.

الفرع الثاني: اجتناب الزينة

٩٥١٤ ـ اجتناب الزينة واجب في الإحداد ـ ٩٥١٥ ـ أقسام الزينة ـ ٩٥١٦ ـ القسم الأول

المطلب الرابع: مسقطات نفقة العدة

٩٥٩٠ ـ أولاً: تسقط بما تسقط به نفقة الزوجة ـ ٩٥٩١ ـ ثانياً: يسقط حق السكنى بالنشوز ـ ٩٥٩٢ ـ ثالثاً: تسقط النفقة إذا كانت عوضاً في الخلع ـ ٩٥٩٣ ـ رابعاً: سقوط حق السكنى بالخلع ـ ٩٥٩٤ ـ تعقيب ابن الهمام على سقوط النفقة والسكنى بالخلع ـ ٩٥٩٥ ـ سقوط نفقة الحمـل بالخلع ـ ٩٥٩٦ ـ سادساً: سقوط النفقة بمضي مدة العدة ـ ٩٥٩٧ ـ سابعاً: سقوط النفقة بانقضاء العدة.

الباب الرابع

أحكام الأولاد وما يتعلق بهم

٩٥٩٨ ـ تمهيد ـ ٩٥٩٩ ـ منهج البحث: تقسيم هٰذا الباب إلى اثني عشر فصلاً.

الفصل الأول: البشارة بالمولود

٩٦٠٠ ـ معنى البشارة ـ ٩٦٠١ ـ معنى البشارة بالمولود ـ ٩٦٠٢ ـ التهنئة بالمولود، والفرق بينها وبين البشارة به ـ ٩٦٠٣ ـ مدى مشروعية البشارة بمعناها العام ـ ٩٦٠٤ ـ أولاً: البشارة المباحة ـ ٩٦٠٥ ـ ثانياً: البشارة المحظورة ـ ٩٦٠٦ ـ ثالثاً: البشارة المستحبة ـ ٩٦٠٧ ـ من البشارات القديمة المستحبة ـ ٩٦٠٨ ـ بشارة الثلاثة الذين خلفوا بتوبة الله عليهم ـ ٩٦٠٩ ـ وجه الدلالة بقصة الثلاثة الذين خلفوا ـ ٩٦١٠ ـ البشارة بنصر المسلمين على الكافرين ـ ٩٦١١ ـ البشارة بالمولود مستحبة ـ ٩٦١٢ ـ أدلة استحباب البشارة بالمولود ـ أولاً: من القرآن الكريم ـ ٩٦١٣ ـ دلالة هٰذه الآيات على البشارة بالمولود ـ ٩٦١٤ ـ ثانياً: من السنة النبوية المطهرة ـ ٩٦١٥ ـ ثالثاً: الذرية الصالحة تسر الوالدين ـ ٩٦١٦ ـ البشارة بالمولود تشمل الذكر والأنثى ـ ٩٦١٧ ـ المسلم لا يحزن إذا كان المولود أنثى ـ ٩٦١٨ ـ خطورة كراهة الإناث ـ ٩٦١٩ ـ ما يساعد المسلم على عدم حزنه بولادة الأنثى ـ ٩٦٢٠ ـ أولاً: تذكره وتلاوته آية في كتاب الله ـ ٩٦٢١ ـ يتذكر أحاديث رسول الله ﷺ ومنها حديث عائشة ـ ٩٦٢٢ ـ ومنها حديث: من عال جاريتين.. الخ ـ ٩٦٢٣ ـ يستحضر الوالدان أن الخير قد يكون في الأنثى لا في الذكر.

الفصل الثاني: ما يُصنَع للمولود

٩٦٢٤ ـ تمهيد ـ ٩٦٢٦ ـ منهج البحث: تقسيم الفصل إلى أربعة مباحث:

المبحث الثالث: نسب المولود من نكاح فاسد أو وطء بشبهة

المطلب الأول: نسب المولود من نكاح فاسد

المطلب الثاني: نسب المولود من وطء بشبهة

المبحث الرابع: نسب ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

٩٨١٦ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم هٰذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أكثر مدة الحمل

٩٨١٧ ـ اختلاف الفقهاء في أكثر مدة الحمل ـ **٩٨١٨** ـ القول الأول: أكثر مدة الحمل تسعة أشهر ـ **٩٨١٩** ـ القول الثاني: أكثر مدة الحمل سنة ـ **٩٨٢٠** ـ القول الثالث: أكثر مدة الحمل سنتان ـ **٩٨٢١** ـ القول الرابع: أكثر مدة الحمل ثلاث سنوات ـ **٩٨٢٢** ـ القول الخامس: أكثر مدة الحمل أربع سنوات ـ **٩٨٢٣** ـ وبهٰذا قال المالكية ـ **٩٨٢٤** ـ وهٰذا أيضاً مذهب الشافعية ـ **٩٨٢٥** ـ مذهب الزيدية ـ **٩٨٢٦** ـ القول السادس: أكثر مدة الحمل ـ **٩٨٢٧** ـ مناقشة الأقوال ـ **٩٨٢٨** ـ الرجوع إلى وقائع الولادات ـ **٩٨٢٩** ـ النادر لا اعتبار له ـ **٩٨٣٠** ـ الرد على الحنفية ـ **٩٨٣١** ـ يجب الرجوع إلى المعتاد والغالب الوقوع ـ **٩٨٣٢** ـ القول الراجح.

المطلب الثاني: نسب ولد المطلقة

٩٨٣٣ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم هٰذا المطلب إلى خمسة فروع:

الفرع الأول: الأصول العامة في نسب ولد المطلقة

٩٨٣٤ ـ تمهيد ـ **٩٨٣٥** ـ الأصل الأول ـ **٩٨٣٦** ـ تعليل هٰذا الأصل ـ **٩٨٣٧** ـ اعتراض ودفعه ـ **٩٨٣٨** ـ اعتراض آخر ودفعه ـ **٩٨٣٩** ـ ما يترتب على هٰذا الأصل ـ **٩٨٤٠** ـ على من يسري حكم هٰذا الأصل؟ ـ **٩٨٤١** ـ الأصل الثاني ـ **٩٨٤٢** ـ تعليل هٰذا الأصل ـ **٩٨٤٣** ـ ما يترتب على هٰذا الأصل ـ **٩٨٤٤** ـ تطبيق الأصلين مع الاختلاف في أقصى مدة الحمل.

الفرع الثاني: نسب ولد المطلقة من ذوات القروء المدخول بها

٩٨٤٥ ـ تمهيد ـ **٩٨٤٦** ـ أولاً: إذا كان الطلاق رجعياً ـ **٩٨٤٧** ـ الحالة الأولى: إذا لم تقر بانقضاء عدتها ـ أ ـ وولدته لأقل من سنتين ـ **٩٨٤٨** ـ ب ـ إذا ولدته لسنتين فأكثر ـ **٩٨٤٩** ـ الحالة الثانية: إذا أقرت بانقضاء عدتها ـ أ ـ مذهب الحنفية ـ **٩٨٥٠** ـ مذهب الشافعي ـ **٩٨٥١** ـ ثانياً: إذا كان الطلاق بائناً ـ **٩٨٥٢** ـ الحالة الأولى: إذا لم تقر بانقضاء عدتها ـ **٩٨٥٣** ـ أ ـ إذا ولدته لأقل من سنتين ـ **٩٨٥٤** ـ ب ـ إذا ولدته لتمام سنتين ـ **٩٨٥٥** ـ ثبوت نسب الولد بالدَّعوة ـ **٩٨٥٦** ـ جـ ـ إذا ولدته لأكثر من سنتين ـ **٩٨٥٧** ـ الحالة الثانية: إذا أقرت بانقضاء عدتها ـ أ ـ إذا ولدت لسنتين ـ **٩٨٥٨** ـ ب ـ إذا ولدت لأكثر من سنتين.

الفرع الثالث: نسب ولد المطلقة الكبيرة الآيسة المدخول بها

الفرع الرابع: نسب ولد المطلقة الصغيرة المدخول بها

الفرع الخامس: نسب ولد المطلقة غير المدخول بها

المطلب الثالث: نسب ولد المتوفى عنها زوجها

المبحث الخامس: نسب ولد المعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة

المبحث السادس: إثبات الولادة وتعيين شخصية المولود

المبحث الأول: تعريف الرضاعة والحاجة إليها والنصوص فيها

المبحث الثاني: الرضيع

المبحث الثالث: المرضعة